DAS ZWANGSMOMENT IM RECHT

EIN BEITRAG ZUR LEHRE VON DEN RECHTSQUELLEN

INAUGURAL-DISSERTATION

VERFASST UND DER

HOHEN RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT

DER

KGL. BAYER. JULIUS-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT WÜRZBURG

ZUR ERLANGUNG

DER RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN DOKTORWÜRDE

VORGELEGT VON

THEODOR MACKENSTEIN
REFERENDAR BEIM KGL. OBERLANDESGERICHT IN CÖLN

BONN
P. HAUPTMANN'SCHE BUCHDRUCKEREI
1913

Referent:

Geheimer Hofrat Prof. Dr. Chr. Meurer.

Meinem Vater
und dem Andenken meiner Mutter
gewidmet

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549803_0113

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Die Gemeinschaftsregeln im allgemeinen 7
I. Die Bedeutung der Gemeinschaftsregeln 7
§ 1. Ihre Notwendigkeit 7
§ 2. Ihre Richtung auf das äußere Verhalten . . . 9
II. Die Form der Gemeinschaftsregeln 11
§ 3. Ihre Befehlsnatur 11
§ 4. Widerlegung der Urteilstheorie 18
III. Der Geltungsgrund der Normen 22
§ 5. Der Geltungsgrund der autonomen Normen . 22
§ 6. Der Geltungsgrund der heteronomen Normen . 24
IV. § 7. Die Folgen der Übertretung von autonomen und heteronomen Normen 29
B. Die Konventional- u. Rechtsregeln im besonderen . . 37
I. § 8. Die autonome Natur der Konventionalregeln . 37
II. Die heteronome Natur der Rechtsregeln 41
1. § 9. Die Unabhängigkeit der Rechtsregeln von einer Anerkennung 41
2. Die heteronomen Normmerkmale bei den Rechtsregeln 45
a) § 10. Im staatlichen Gesetzesrecht 45
b) § 11. Im staatlichen Gewohnheitsrecht . . 48
c) § 12. Im Kirchen- u. Völkerrecht 58
3. § 13. Die Unmöglichkeit eines Naturrechts . . 60
C. § 14. Das Zwangsmoment im Recht 63

A. Die Gemeinschaftsregeln im allgemeinen.

I. Die Bedeutung der Gemeinschaftsregeln.

§ 1. Ihre Notwendigkeit.

Wie schon Aristoteles in der Nikomachischen Ethik (I. Bd. 7. Kap. § 6) und in der Politik (I. Bd. 1. Kap. § 9) erwähnt, ist der Mensch von Natur ein Gemeinschaftswesen [1]). In seinem Innern müssen Kräfte tätig sein, die ihn mit unerbittlichem Zwange zu einem Zusammenschluß an seines Gleichen drängen. Not und Hilflosigkeit allein vermögen auf die Dauer ein geselliges Leben nicht herbeizuführen, ebensowenig die nüchterne Überlegung des Nutzens. Dafür ist der Freiheitsdrang, der in einer Gemeinschaft eingeschränkt werden muß, in der Menschenbrust zu mächtig. Ob man nun die innere Kraft Geselligkeitstrieb oder wie immer zu nennen hat, ist für den Psychologen gewiß sehr interessant und bedeutungsvoll, für uns aber zu vorliegendem Zwecke gleichgültig. Fest steht, daß man weder in der Vergangenheit noch in der Gegenwart jemals von Menschen Kunde erhalten hat, die in völligem Abgetrenntsein von ihres Gleichen ihr Dasein fristen; eine gewisse Gemeinschaft ist immer vorhanden [2]). In der Tierwelt dagegen hat man des öfteren ein völliges Alleinleben bei einzelnen Arten beobachtet, bisweilen sogar mit feindlichen Trieben gegen die eigenen Artgenossen, z. B. bei den Spinnen.

---

1) Siehe Dahn, Bausteine S. 237; Jung, Problem S. 55 ff.
2) Hertling S. 64; Zitelmann, Gewohnheitsrecht S. 430.

Ein Gemeinschaftsleben der Menschen ist vor allem deshalb erforderlich, um eine, auch noch so geringe Kultur zu erzeugen [3]). Der von Natur aus schrankenlose Egoismus des Menschen erhält nur an dem ebenso ungemessenen Egoismus seiner Mitmenschen seine Grenzen [4]). Die Gemeinschaft verträgt keine zwei unbeschränkten Herrscher. Ihre Mitglieder müssen ihr Herrschaftsgebiet untereinander teilen und dadurch ihren egoistischen Willen zügeln. Auf diese Weise erzielt die Gemeinschaft die innere Kultur des Willens [5]). Aber auch die Wissensseite bedarf ihrer. Ohne Gemeinschaft besteht weder die Notwendigkeit noch die Möglichkeit einer Sprachenbildung. Ohne die Sprache aber ist ein Gedankenaustausch nicht gegeben und daher auch kein gegenseitiges Helfen und Unterstützen. Die Sprache ist die Vorbedingung für die Schrift, die Niederlegung der Gedanken für die Zukunft und zur Übermittelung an spätere Geschlechter. Nur durch diese Mittel, Sprache und Schrift, vermag die Jugend sich der Väter Weisheit und Erfahrung anzueignen, und nur hierdurch wieder vermag sie auf dem bereits geebneten Boden weiter fortzuschreiten, um ihrerseits Ererbtes und Gewinn zu weiterem Mehren ihren Kindern zu hinterlassen. Die innere Kultur erzeugt die äußere Kultur. Diese ohne jene ist unmöglich, da sie nur das äußere Zeichen des inneren Lebens, vor allem, wenn auch nicht ausschließlich, der Verstandes- und Willensbeschaffenheit ist.

Diese Gemeinschaft, die Kultur bringen soll und muß, ist nicht etwa nur ein zufälliges, ungeordnetes Zusammensein und Wiederauseinandergehen, ein Kommen und Gehen. Sie führt kein Augenblicksdasein.

---

3) Hertling S. 38.
4) Hertling S. 43. Ihering, Zweck II. S. 116.
5) Ihering a. a. O. S. 104, 119.

Wie immer, so verlangt der Mensch auch hier etwas Dauerndes. Vorübergehendes kann ihn nicht befriedigen. Wir denken schon sofort bei dem Begriffe Gemeinschaft an ein Zusammensein von längerer Zeitspanne, wenn möglich ohne Ende. Die Gemeinschaft, die der Mensch aus innerem Zwange sich schafft, muß eine dauernde sein.

Als solche verlangt sie Regeln des Zusammenseins, Vorschriften des gegenseitigen Verhaltens, damit der sonst unausbleibliche Kampf aller gegen alle sich in eine segensreiche Friedensordnung umwandle. Denn ein Zustand von Dauer, der nicht tote Ruhe, sondern pulsierendes Leben umfaßt, ist ohne feste Regel undenkbar [6]).

Ein Abgrenzen des Betätigungsgebietes der einzelnen Glieder der menschlichen Gemeinschaft ist daher erforderlich. Zu diesem Zwecke genügen vorerst Verbote. Diesen werden sich aber gar bald Gebote des Handelns anschließen, um gemeinsame Interessen aller zu verfolgen. Bei immer engerem Zusammenwachsen der Gemeinschaft mehren sich die Gebote und dienen alsdann nicht allein dem allgemeinen Interesse, sondern auch dem der einzelnen Gemeinschaftsglieder [7]).

§ 2. Ihre Richtung auf das äußere Verhalten.

Die Gemeinschaftsregeln beziehen sich nur auf das äußere Verhalten der Menschen zu einander [1]). Die

---

6) Bierling, Kritik I. S. 83.

7) Ihering, Zweck I S. 219 über den verfeinerten Egoismus.

1) Dahn, Bausteine S. 736 spricht von einem stabil-äußerlichen Moment und von einer äußeren Form der Verhältnisse der Menschen zueinander. Vergl. auch Stammler, Wirtschaft S. 84, 129; Bierling, Prinzipienl. I S. 19; Ihering, Zweck II S. 566; Neubecker S. 44.

inneren Regungen und Zustände der Menschenseele, ihr Denken, Wollen und Empfinden berühren — soweit sie nicht in äußerem Handeln sich zu erkennen geben — die Gemeinschaft nicht. Gedanken sind nach einem alten Sprichwort zollfrei. Entgegenstehendes inneres Verhalten zweier Menschen vermag die Gemeinschaft nicht zu stören, da die inneren Feinde nicht im Streite aneinander geraten können. Wir Menschen machen nämlich Wahrnehmungen außer uns nur durch die Sinne. Diese aber vermögen naturgemäß nur Sinnenfälliges aufzunehmen und dem Geiste zuzuführen. Daher erscheint auch die Gemeinschaft den Menschen nur soweit, als sie in die Außenwelt tritt und den Sinnen faßbar wird. Da aber das innere Leben nicht sinnenfällig ist, so ist es auch von anderen — unmittelbar — nicht wahrnehmbar. Die Gesinnungen der Menschen können daher unmittelbar in der Gemeinschaft nicht erkannt werden, infolgedessen auch den Gemeinschaftsfrieden nicht stören. Damit ist aber nicht gesagt, daß das Innenleben der Menschen der Gemeinschaft gleichgültig sei [2]). Zwar ist es, solange es rein innerlich bleibt, den Menschen nicht erkennbar. Aber es hat die Tendenz, sich nach außen kund zu tun. Ist die Äußerung den Gemeinschaftsinteressen zuwider, so stört sie die Gemeinschaft. Zudem läßt sie einen Blick tun in das Innere des Betreffenden, da das sinnenfällige Handeln in der Regel ein getreues Abbild des Innenlebens ist. Auf diese Weise kann die innere Seite des Menschen doch mittelbar der Gemeinschaft aufgedeckt werden. Aber immer ist das äußere Verhalten das maßgebende, da nur aus ihm das innere erschlossen werden kann. Wer geschickt sein feindliches Wollen und Sinnen zu verbergen weiß, lebt in vollem Frieden mit der Gemeinschaft.

---

2) Ihering, Zweck II a. a. O.; Bierling, Prinz. L. I S. 178.

Aus dem Gesagten ergibt sich die Folgerung, daß die Moral, der es in erster Linie auf die Gesinnungen des Menschen ankommt [3]), mag diese auch nie in die Sehweite der Mitmenschen getreten sein, — schon der Gedanke ist sündhaft — daß die Moral kein Komplex von Gemeinschaftsregeln sein kann. Denn sie stellt höhere Anforderungen als die Gemeinschaft. Diese kann daher auch nicht die Urheberin der Moral sein, mögen sich die sittlichen Regeln auch zu einem großen Teil auf das Gemeinschaftsleben beziehen und sich mit Gemeinschaftsregeln inhaltlich decken. Sie müssen vielmehr aus dem Innern des Menschen hervorgewachsen sein. Wer dort ihr Begründer ist, ob der durch Erziehung geleitete Mensch selbst oder ein ihm von Natur beigesellter Gesetzgeber, das Gewissen, wollen wir dahingestellt bleiben lassen. Jedenfalls steht soviel fest, daß die Moral ihrem Grunde nach von der Gemeinschaft unabhängig ist und von ihr daher keine Vorschriften erhalten kann. Damit ist die Möglichkeit des Konfliktes zwischen den beiden Normenklassen gegeben. Die Normen der Moral sind aber zweifellos als solche des Innenlebens höherer Art und gehen daher den Gemeinschaftsregeln vor.

II. Die Form der Gemeinschaftsregeln.

§ 3. Ihre Befehlsnatur.

Die das äußere Verhalten der Menschen ordnenden Gemeinschaftsregeln können nur in einem Gebieten oder Verbieten bestehen. Die Frage, ob nicht Gebote und Verbote ein und dasselbe sind, nur sprachlich verschieden, so daß die Normen nur einfacher Art sind [1]),

---

3) Zitelmann, Gewohnheitsrecht, S. 459; Hertling S. 44; Neubecker S. 11.

1) So Binding, Strafrecht S. 166.

ist für uns nebensächlich. Hier kommt es nur auf die Feststellung an, daß die Normen in keinem Falle ein Drittes enthalten können. Einige sprechen auch noch von einem Erlauben der Normen. Erlaubt sein ist aber nichts anderes als nicht verboten sein, oder es ist gleichbedeutend mit gewähren [2]). Da die Gemeinschaftsregeln das Verhalten der Menschen zueinander ordnen wollen [3]), so richten sie sich naturgemäß an die Menschen und nur an diese und befassen sich allein mit deren gegenseitigen Beziehungen [4]). Dadurch werden zugleich auch die Verhältnisse der Menschen zu den Dingen der Außenwelt geregelt, da ja — abgesehen von den rein persönlichen Beziehungen — gerade hierüber die Menschen in Uneinigkeit untereinander geraten können [5]). Diese Regelung der Beziehungen der Menschen zu den Dingen ist aber nur eine notwendige Folge der Regelung der Verhältnisse der Menschen zueinander. Keineswegs bezwecken die Gemeinschaftsregeln jenes in erster Linie. Denn die Gemeinschaft ist nicht eine solche von Sachen und Menschen, sondern nur eine Menschenvereinigung, und sie hat nur insoweit ein Interesse an den Sachen, als sie diese unter ihre Mitglieder verteilt [6]). Es ist daher unrichtig, wenn man sagt: Die Gemeinschaftsregeln betreffen das Verhältnis der Menschen zueinander und zu den Dingen [7]). Hier stellt man die Folge als gleichberechtigt neben

---

2) So Kelsen S. 635, 637 ff.; Bierling, Kritik I. S. 158; Kritik II S. 18, 314 ff.; A. Ans. Jellinek, System S. 44 ff., 49; Neubecker S. 43.

3) Ihering, Zweck I S. 462, 463; Ferneck S. 16 ff.

4) Bierling, Prinz. L. I. S. 204.

5) Streitigkeiten über rein innere Fragen z. B. wissenschaftliche Probleme berühren die Gemeinschaft an sich nicht.

6) Ebenso Ferneck S. 16 ff., 51, 94. Schloßmann, Vertrag S. 252, 258.

7) So Bergbohm, Jurispr. S. 81; Thon, Rechtsnorm S. 349.

den Zweck. Auf dieser fehlerhaften Gleichstellung beruht auch die übliche Definition der dinglichen Gebrauchsrechte, insbesondere des Eigentums. Man sagt nämlich: Das Eigentum ist das Recht der vollen Herrschaft über eine Sache, es hat zwei Seiten, eine positive und eine negative; einerseits kann der Eigentümer mit seiner Sache beliebig verfahren, andererseits kann er jeden anderen von der Einwirkung auf die Sache ausschließen. Es leuchtet ein, daß nur das letztere für den Rechtsbegriff maßgebend ist. Das erstere ist nur seine Folge [8]). Was das rein physische Haben und Gebrauchen anlangt, so existiert dieses auch ohne das Recht, und das Recht kann es nicht verleihen. Stiehlt jemand eine Sache dem Eigentümer, so bleibt das Eigentum bestehen, mit dem beliebigen Gebrauche durch den Eigentümer ist es aber sehr fragwürdig bestellt. Das ungestörte Benutzen der Sache ist der wirtschaftliche Inhalt, zu dem das Recht nur die schützende Form bietet als Mittel zum Zweck [9]).

Wenn die Gemeinschaftsregeln nur die Beziehungen der Menschen zueinander ordnen wollen, so können sie lediglich in einem Gebieten oder Verbieten bestehen; denn in anderer Weise lassen sich diese Beziehungen gar nicht regeln [10]). Physische Macht können Regeln nicht verleihen. Sie vermögen nur durch psychologische Wirkung ihr Ziel zu erreichen. Wenn aber scheinbar einem Mitgliede eine Macht, eine Befugnis gewährt wird, so ist damit nur die Kehrseite von entsprechenden Normen aufgedeckt, die anderen Mit-

---

8) Schloßmann, a. a. O. S. 252, 261, 267; Ferneck S. 227 234, 237; Jung, Positives Recht S. 18, Anm. 1.

9) Ferneck S. 112; Jellinek, System S. 52; Thon a. a. O. S. 288, 292, 320, insbes. Kelsen S. 67 ff.

10) Grueber S. 14; Bierling, Kritik II S. 28; Thon a. a. O. S. 349 „Unselbständige Natur".

gliedern gebieten, der Macht zu gehorchen, die Ausübung der Befugnis zu dulden [11]).

Damit ist gesagt: Das Wesen der Rechtsnormen besteht in der Auferlegung von Pflichten an die Mitglieder; denn die Pflicht ist nach Bierling [12]) nichts anderes als Gebundensein an eine Norm. Die Pflicht steht im Brennpunkte aller menschlichen Gemeinschaftsbeziehungen und nicht ihr Reflex, die Befugnis. Diese Ansicht dringt immer mehr durch und kann bereits heute als die herrschende bezeichnet werden [13]). Die Pflicht besteht natürlich immer gegenüber dem Befehlenden oder Verbietenden. So sagt Binding [14]): „Der Inhaber der Gehorsamspflicht fällt regelmäßig mit dem Urheber der Norm zusammen." Ob daneben noch ein anderer die Vollziehung der Norm verlangen, die Pflicht von seinem Willen abhängig machen kann, ist hier unerörtert zu lassen. Diese Frage kann nur bei heteronomen Normen auftauchen. Es ist das viel umstrittene Problem des subjektiven Rechts, das nur auf dem Wege, den Kelsen eingeschlagen hat, zu lösen

11) Thon, a. a. O.

12) Bierling, Kritik II S. 35.

13) Herzfelder S. 16, 18; Binding, Normen S. 97; Kelsen S. 312, 515, 620; Thon, a. a. O. S. 8; Seligmann S. 27, 30; Ferneck S. 94; auch Bierling, Kritik II S. 14, 15, 28; Prinzipienl. I S. 29, 93ff., 145, 156ff., 167ff.; er geht allerdings von der befehlenden Natur der Rechtsnormen aus, konstruiert sodann ein Rechtsverhältnis zwischen den Verpflichteten und den Berechtigten und kommt erst über den Rechtsanspruch des Berechtigten zur Rechtspflicht. Der umgekehrte Weg wäre konsequenter gewesen; Neubecker S. 45 im Widerspruch zu S. 43, siehe oben. And. Ans. Jung, Positives Recht S. 18, 23. Problem S. 63.

14) Normen S. 97. Er kann allerdings im Privatrecht eine solche Gehorsamspflicht gegenüber der Staatsgewalt nicht finden. Da ihm aber die Pflicht gegen den Staat bei den Rechtsnormen als notwendig erscheint, so kommt er zu dem seltenen Ergebnis, daß die Privatrechtssätze keine Normen seien, ebenso Strafrecht S. 156, 157.

ist. Man muß vom objektiven Rechte ausgehen und das subjektive Recht als eine zufällige, eine Nebenerscheinung auffassen, die dem Rechte nicht wesentlich ist. Der umgekehrte Weg, den vor allem Ihering gegangen ist, vom subjektiven Recht aus die Grundlage der Rechtsordnung zu legen, ist ein Irrweg, da er vom Akzidenz auf das Wesen schließt [15]).

Zu der genannten Drei- oder Vierteilung der Normen ist man durch die Betrachtung der Rechtsnormen gelangt, indem man — ohne Eindringen in das Wesen des Rechts und von der Seite des subjektiven Rechts aus — sich an die Formulierung der Gesetze hielt. Diese enthalten allerdings oft die Form des Gewährens oder Erlaubens, aber lediglich aus technischen Gründen, da sich die Rechtsnormen in ihrer reinen Gestalt nur schwer darstellen lassen. Die Normen sind daher meist aus den Gesetzesbüchern nicht ohne weiteres ablesbar, sondern nur mühsam herauszuschälen [16]).

Wir haben somit gefunden, daß die Gemeinschaftsregeln nur Gebote und Verbote enthalten können, ein „du sollst" oder „du sollst nicht". Sie sind Befehle. Wir schließen uns damit der sogen. Imperativtheorie an. Dieser Ausdruck ist strenger Weise ungenau. Denn der Befehl braucht nicht die Form des Imperativs anzunehmen, sondern kann in vielen anderen Sprachformen, so im Infinitiv oder Futurum auftreten. Ja, er ist selbst an die Sprache nicht gebunden, kann vielmehr auch durch bloße Bewegung zum Ausdruck kommen [17]). Das Sollen ist das Merkmal der Gemeinschaftsregeln. Sie enthalten den Ausdruck des Wollens und nicht den einer Überzeugung [18]). Sie gehören zur Welt des Seinsollens,

15) Kelsen S. 312, 515, 568 ff., 578 ff., 584 ff., 619, 625.

16) Bierling, Kritik II S. 287; Kelsen S. 626 ff.

17) Kelsen S. 70, 210.

18) Brodmann S. 281; Ihering, Zweck I S. 330, 350; Ferneck

nicht zu der des Seins. Diese beiden Gebiete sind inkommensurabel. Sie haben kein gemeinsames Maß, weil sie von Grund aus verschieden sind. Nach Simmel [19]) ist das Sollen „eine Urtatsache, über die wir vielleicht psychologisch, aber nicht mehr logisch hinausfragen können". In der Welt des Seins herrscht das Gesetz der Kausalität, der Verknüpfung von Ursache und Wirkung. Der Welt des Sollens ist aber jedes Sein, jedes kausale Wirken gleichgültig [20]). Denn ein Sollen kann auch dann bestehen, wenn es niemals in das Reich des Seins eintritt, d. h. befolgt wird, und aus noch so vielem gleichmäßigen Geschehen allein kann nie ein Sollen werden. Zwar kann das Sollen durch Beobachten in das Reich des Seins eintreten, und das ist bei allen Gebotsnormen sein Streben, aber in dem einzelnen Falle hat es dann sofort den Sollcharakter verloren und ist ein Muß geworden, das der Beurteilung nach Ursache und Wirkung unterliegt. Die Kausalität existiert zwar auch nur in Gedanken. Sie ist lediglich die gedankliche Verknüpfung aufeinanderfolgender Erscheinungen in der sinnlichen Welt — auch in der geistigen Welt, wenn man die Motivation mit darunter fassen will —, die man auf diese Weise zu verstehen sucht. Aber sie hat doch immer einen Seinstatbestand zur Voraussetzung. Dieses fehlt beim Sollen vollständig [21]). Der Sollsetzer will, daß ein Sein ist oder nicht ist. Damit ist aber das Gewollte noch nicht zur Wirklichkeit, das Seinsollende noch nicht zum Sein geworden. Zu beachten ist dabei

S. 94, 104; Gierke, Deutsch. Pr. R. I S. 113; Bierling, Kritik II S. 14/15, 331/32; Grueber S. 14; Bergbohm, Jurisprudenz S. 366; Thon, Rechtsnorm S. 8; Binding, Strafrecht S. 160; Seligmann S. 27; Herzfelder S. 18.

19) S. 12, ebenso Kelsen S. 70.

20) Jellinek, Gesetz u. Verordnung S. 226/27.

21) Jellinek, Gesetz u. Verordn. S. 226/27; Bierling, Krit. II S. 270.

wohl, daß der Normgeber allerdings ein Sein statuiert, indem er das Sollen will, nämlich seinen Willensakt. Sein Wollen des Sollens ist aber nicht gleich dem Sollen; es gebiert nur gleichsam das Sollen. Ebenso ist das Sollen zu unterscheiden von dem Willen desjenigen, der soll, „an den das Sollen gerichtet ist" [22]). Des weiteren sei auf die ebenso vorzüglichen wie erschöpfenden Ausführungen Kelsen's verwiesen [23]).

Die Verwechselung der beiden getrennten Welten des Seins und des Sollens wird begünstigt durch den Umstand, daß man sowohl die Regel des Sollens als auch das Aufeinanderfolgenmüssen der Dinge des Seins mit demselben Worte „Gesetz" bezeichnet [24]). Offenbar stammt dieser Ausdruck aus dem Sollgebiet und ist erst in der Zeit der vertieften Naturforschung unter Verkennung seiner Bedeutung in das andere Gebiet verpflanzt worden. Welch ein Unterschied aber zwischen den beiden Arten von Gesetzen! Eines haben beide allerdings gemeinsam: Sie vertragen keine Ausnahme. Das Sollen trifft alle, an die es sich richtet, gleichwohl ob diese folgen oder nicht. Das Gesetz der Kausalität umfaßt alle gleichen Tatbestände. Diese Ausnahmslosigkeit liegt aber auf ganz verschiedenen Gebieten, und es beruht wieder auf der erwähnten Ineinanderschiebung, wenn man von der Norm eine ausnahmslose B e f o l g u n g erwartet; ihre Ausnahmslosigkeit liegt nur in der Richtung der Angesprochenen.

---

22) Kelsen S. 10.

23) S. 5 ff., 14, 31, 43, 46, 53, 65 ff. A. Ans. Bierling, Krit. II S. 135, Recht ist „immer nur ein besonderes Gebiet des Tatsächlichen". Bergbohm, Jurisprudenz S. 361. Anm. 3. „Das Recht ist ein seiendes, das nur gilt, solange es wirkt, und aufhört zu sein, wenn es nicht mehr wirkt." Bierling, Krit. I S. 7 „Recht besteht nur solange als es gilt, d. h. solange es anerkannt (respektiert, geachtet, als bindend oder maßgebend angesehen, empfunden) wird." Ebenso S. 149.

24) Kelsen S. 5 ff.; Neukamp S. 4, 7 ff.

§ 4. Widerlegung der Urteilstheorie.

Da die Gemeinschaftsnormen Befehle sind, so können sie keine Urteile sein; denn diese beziehen sich immer auf die Welt des Seins. Sie enthalten eine Verknüpfung von Subjekt und Prädikat und sagen von jenem ein Sein oder Nichtsein aus. Da die Befehle aber ein Sein s o l l e n ausdrücken und ihnen, wie im vorhergehenden gesagt, ein Sein oder Nichtsein, d. h. ein Befolgt- oder Nichtbefolgtwerden an sich gleichgültig ist, so sind sie keine Urteile. Wohl ist die Tatsache, daß für jemanden eine Norm und daher eine Pflicht besteht, ein Urteil; die Norm selbst aber ist davon zu unterscheiden. Das Urteil sagt etwas aus. Die Norm aber will nicht belehren, sondern als Ausdruck eines Wollens zu etwas antreiben [1]). Unerklärlich ist es daher, wenn Ferneck, der gerade die Befehlsnatur der Norm betont, an späterer Stelle die (Rechts)normen für hypothetische Urteile erklärt [2]). Ebenso widerspruchsvoll ist es, daß Kelsen, der vor allem die Grundverschiedenheit von Sein und Sollen

---

1) Sigwart S. 18 Anm.; Schloßmann, Zeitschr. S. 550 ff.; Merkel S. 130; Bierling, Prinz. L. I S. 29, Krit. II S. 281, 288, 349; Harun S. 11; Schuppe S. 368; Ihering, Zweck I S. 330 ff., 350. Nach Brodmann S. 281 ff. ist die Norm Ausdruck eines Wollens, ein Imperativ, aber zugleich auch ein Urteil. Aber dieses Urteil ist von besonderer Art und unterscheidet sich von den gewöhnlichen Urteilen „durch die Qualität des Gefühls- oder Willensmomentes, von dem es getragen ist". S. 306. Brodmann kennt nämlich abstrakte, nur vorgestellte Urteile mit einem nur vorgestellten Gefühl des Wahrseins und konkrete Urteile mit dem wirklichen Gefühlstone des Wahr- oder Nichtwahrseins. S. 302 ff. Offensichtlich vermengt er hier die Norm selbst und ihre Beziehung auf den einzelnen als dessen Pflicht miteinander und kommt so zu dem seltsamen Resultat, daß der Befehl ein Sollen und ein Sein enthalte. A. Ans. Löning S. 15 ff., 25; Zitelmann, Gewohnheitsrecht S. 449; Irrtum S. 222 ff.

2) S. 204.

darlegt und die Normen ins Reich des Sollens verweist, später die (Rechts)normen ebenfalls als hypothetische Urteile hinstellt und zwar in der Form: Wenn du dich so verhältst, will der Staat so handeln [3]). Es ist richtig, daß dieser Satz ein Urteil enthält. Damit gehört er aber in die Welt des Seins und kann daher keine Norm und erst recht nicht die logische Form einer solchen sein. Nach Kelsen [4]) besteht das Wesen der Rechtsordnung in ihrer Verpflichtung. Rechtssatz kann nach ihm nur ein verpflichtender Satz sein. Die Pflicht besteht auf seiten der Mitglieder der Rechtsordnung. Wie ist aber in dem obigen Satze eine Verpflichtung, ein Sollen der Normunterworfenen gesetzt? Kelsen ist zu dem Ergebnis gedrängt worden durch seine eigenartige Auffassung des Normsetzers, des Staates. Nach ihm steht dieser nicht ü b e r den Staatsangehörigen, sondern in gleicher Reihe mit ihnen [5]). Offenbar muß aber der Normgeber über dem Normempfänger stehen. Das muß auch Kelsen an einer anderen Stelle [6]) zugeben, wo er dem Staat wegen seiner Straf- und Exekutionsmacht „eine eigene, von allen anderen Mächten unabhängige Autorität" zuerkennt, und weiter erklärt: „Strafe und Exekution sind im Verhältnis zu den Untertanen rechtliche Machtäußerungen des Staates; nur um ihretwillen ist der Staat Autorität." Wir werden später sehen, daß gerade diese Straf- und Exekutionsmacht in einem untrennbaren Zusammenhang mit den Rechtsnormen steht. Der Staat muß demnach auch nach Kelsen im Rechtsgebiete über den Normuntergebenen stehen.

Wir haben uns noch mit einem Einwand von Zitelmann [7]) zu befassen. Dieser behauptet, die Ausdrücke „du sollst", „du sollst nicht" enthielten ein

3) S. 212, 223, 228, 254.
4) S. 238 Anm. 5) S. 226, 227. 6) S. 225.
7) Gewohnheitsrecht S. 449; Irrtum S. 222 ff.

Urteil. Dieses ist ohne weiteres zuzugestehen. Diese Sätze enthalten eine Aussage über eine bestehende Pflicht. Aber in diesen Urteilssätzen kann sich auch ein wahrer Imperativ verbergen [8]). Die Normen sind ja nicht an bestimmte Sprachformen gebunden. Wann ein solcher Satz ein Urteil ist, und wann er einen Imperativ enthält, das läßt sich nur aus den Umständen ersehen. Wenn ein Vorgesetzter einem Untergebenen einen Befehl erteilt mit den Worten „du sollst das tun" und ein Dritter diesem, der den Befehl nicht verstanden hat, den Inhalt des Befehls mit denselben Worten mitteilt, so haben wir ein Beispiel für den doppelten Charakter des Satzes. Im ersten Falle enthält er einen Befehl, ein Sollen, im zweiten Falle eine Aussage über ein bereits bestehendes Sollen, ein Urteil. Es wäre auch zu merkwürdig, wenn bei uns die Form „du sollst" keinen Imperativ enthalten könnte, während die Formen, die wir auf diese Weise mangels anderer Formen umschreiben müssen, in anderen Sprachen, so im Lateinischen und Griechischen, als Imperativformen Befehle enthielten. Der Umstand, daß wir die verloren gegangenen Imperativformen nur durch Umschreibung auszudrücken vermögen, kann doch auf den Inhalt keinen Einfluß ausüben [9]) [10]). Diese Erkenntnis, daß die Gemeinschaftsnorm einen Befehl und kein Urteil enthält, ist von der allergrößten Bedeutung. Ihre Mißachtung hat insbesondere die bisherige Ratlosigkeit bezüglich des Gewohnheitsrechts zur Folge gehabt.

---

8) Sigwart I S. 18/19 Anm. „Die bloße grammatische Form ist also kein untrügliches Zeichen, daß wir es mit einer Behauptung zu tun haben." Siehe auch S. 61 Anm.; And. Ans. Jung, Positives Recht S. 22.

9) Kelsen S. 260; Bierling, Kritik II S. 288 ff.; Binding, Strafrecht S. 156, 157; Seligmann S. 30 ff.

10) Wegen des individuellen, unübertragbaren Moments des Imperativs s. Kelsen, a. a. O.; Binding, a. a. O. S. 158 Anm. 8.

Jeder Befehl hat naturgemäß einen Inhalt. Aber für das Wesen der Gemeinschaftsnorm ist der Inhalt gleichgültig. Denn die Norm kann jedes beliebige äußere Verhalten anordnen [11]). Selbstverständlich dient sie mit ihrem Befehlsinhalte auch einem Zweck als Mittel, und darin ist Iherings Ausführungen in seinem großzügigen Werke „Zweck im Recht" beizupflichten, wenn auch die Zwecksetzung nicht immer bewußt erfolgt [12]). Aber wie der Inhalt, so ist erst recht der Zweck der Norm für ihr Wesen gleichgültig. Der Zweck liegt auf wirtschaftlichem Gebiete, im Reiche des Seins, und scheidet damit hier aus [13]). Darüber lese man die ausführlichen Bemerkungen von Kelsen [14]), insbesondere auch gegenüber Stammler [15]), der den Zweck in das Reich des Sollens verweist, obwohl dieser doch immer ein kausales Bewirken im Auge hat. Allerdings geht Kelsen zu weit, wenn er [16]) auch das Befolgtwerden als Zweck der Norm von der Betrachtung ausschließen will. Denn die Richtung auf die Befolgung ist der Norm als einem Befehle immanent und von ihr gar nicht wegzudenken. Sie gehört daher mit zum Wesen des Sollens und kann ihr nicht als ein fremder Zweck gegenübergestellt werden. Dieser Irrtum hat auch wohl mit dazu beigetragen, Kelsen zur Ablehnung der sogen. Imperativtheorie zu bewegen [17]).

---

11) Die klare Scheidung zwischen Befehl und Inhalt einer Norm rührt von Laband her, Staatsrecht S. 94 ff.

12) In solchen Fällen kann man eigentlich nicht von „Zweck" reden, da der Zweck ein „bewußtes" Wollen voraussetzt. Hierzu Löning S. 26 ff.; Dahn, Bausteine S. 236, Vernunft S. 42, 134.

13) Preuß S. 367, 370; a. A. Jellinek, G. u. V. S. 240.

14) S. 51 ff., 64, 68 ff., 209.

15) Wirtschaft S. 342 ff., 350, 359. 16) S. 68 ff., 223.

17) Siehe S. 201, wo er das Zweckmoment als den Ausgangspunkt der Imperativtheorie bezeichnet.

III. Der Geltungsgrund der Normen.

§ 5. Der Geltungsgrund der autonomen Norm.

Die Gemeinschaftsnorm als Befehl kann nur von einem Befehlenden ausgehen [1]). Dieser kann von zweifacher Art sein. Er kann im Innern des Normunterworfenen vorhanden sein, der sich selbst die Normen setzt, oder er steht außer ihm, ein anderer [2]). Danach scheidet man die Normen in autonome und heteronome. Bei jenen kann man allerdings zweifeln, ob man überhaupt von einem Befehle an sich selbst, einer selbst gesetzten Pflicht reden kann [3]). Denn hier ist Wollen und Sollen zugleich vorhanden. Das Wollen des Sollens erzeugt das Sollen. Aber wenn beides auch in Wirklichkeit zusammenfällt, so läßt es sich doch logisch trennen [4]). Bei diesen autonomen Normen beruht die verbindliche Kraft, d. h. ihre Geltung [5]),

---

1) Brodmann S. 390.

2) Jellinek, Staatenverbindung S. 31; Rümelin, Gewohnheitsrecht S. 164; vgl. auch Berend S. 320 ff.

3) Verneinend Seligmann S. 97; Schloßmann, Zeitschrift S. 568: „Denn die Wirkung des Befehls beruht auf der Autorität des Befehlenden, die sich den Gehorsam nach psychologischen Gesetzen schafft. Wer von Befehlen an sich selbst und Gehorsam gegen sich spricht, der spielt mit den Worten." Sonderbarerweise, doch vorsichtig, auch Bierling, Prinz. L. I S. 169.

4) Siehe Kelsen bezügl. des autonomen Sittengesetzes S. 35.

5) Das „Gelten" einer Norm kann eine zweifache Bedeutung haben. Es besagt 1. die Beobachtung der Norm in der Regel, 2) die verpflichtende und verbindliche Kraft der Norm. Hier ist nur die zweite Bedeutung von Interesse, da die erste eine Aussage über ein Sein enthält und daher für den Normcharakter gleichgültig ist. Ebenso Kelsen S. 37 Anm.; Eich S. 44. And. Ans. Zitelmann, Gewohnheitsrecht S. 447, 453 ff., für den die erste Bedeutung die maßgebende ist, in Verbindung mit seiner eigenartigen Anwendung des Kausalitätsgesetzes auf die Rechtsnormen.

auf dem Wollen und Anerkennen der Unterworfenen und zwar ganz allein. Das Anerkennen der Norm umfaßt außer dem Wollen noch das Billigen der Norm als einer guten und zweckentsprechenden. So sagt Kelsen [6]): „Zur Anerkennung gehört nicht bloß der Beschluß der tatsächlichen Befolgung, sondern auch die Überzeugung der Gerechtigkeit, die Billigung der Norm." Das Anerkennen hat die Norm erzeugt und trägt sie. Schwindet es, so zergeht auch das Sollen und löst sich in nichts auf. Der Mensch als sein eigener Gesetzgeber kann seine Normen ändern und wieder aufheben, und zwar beliebig zu jeder Zeit [7]). Woher der Inhalt der autonomen Normen kommt, ist gleichgültig. Man kann ihn selbst ersonnen, mit anderen gemeinsam gefunden, oder ganz von dritter Seite erhalten haben. Auch im letzten Falle gilt die Norm nur vermöge der Anerkennung der einzelnen. Die äußerste Möglichkeit ist die, daß man einen anderen als Befehlshaber anerkennt, daß man die Befehle dieses anderen als für sich verbindlich will. Man will den Willen des anderen. Aber auch hier beruht die Geltung der von diesem Befehlshaber erlassenen Gebote auf dem Willen des Untergebenen, nicht auf dem des Befehlenden, der nur den Inhalt der Norm darbietet. Denn indem man als oberste Norm für sich den anderen als Normsetzenden anerkennt, wird man logi-

---

6) S. 44, siehe auch S. 16, 18. Denselben Gedanken hat wohl auch Bierling, Krit. I S. 7, wenn er in der Anerkennung „ein dauerndes, habituelles Verhalten" sieht, ebenso Prinz. L. I S. 41 ff., wo er von einem „dauernden Besitztum in unserem Geiste" spricht. Siehe aber auch Kelsen S. 356 über die zwei Bedeutungen des Wortes „anerkennen". Die erste meint offenbar Thon, Rechtsbegriff S. 247 Anm. 13.

7) Kelsen S. 360; Seligmann S. 95 Anm. 2; Brodmann S. 393: „An etwas, an das ich gebunden bin, nur weil und solange als ich gebunden sein will, bin ich eben nicht gebunden."

scherweise auch die von diesem erlassenen Vorschriften als für sich verbindlich anerkennen. Die oberste Norm gleicht einem Blankett, das der andere beliebig ausfüllen kann. Will man sie nicht mehr, so verlieren damit die einzelnen Befehle des anderen ihre verbindliche Kraft [8]). Aber es ist auch möglich, wenn zwar unlogisch, daß man trotz Anerkennung der obersten Norm einzelne Verordnungen des Befehlenden nicht anerkennt. Diese gelten alsdann für den Betreffenden auch nicht, da es sich ja immer noch um autonome Normen handelt.

§ 6. Der Geltungsgrund der heteronomen Normen.

Wie steht es mit den heteronomen Normen? Auch hier ist ein Befehlender außerhalb des Untergebenen vorhanden. Aber während bei den autonomen Normen die Stellung eines etwa vorhandenen Befehlenden auf der Anerkennung beruht, die Verbindung zwischen den Befehlenden und dem Normuntergebenen durch diesen, durch sein Anerkennen hergestellt wird, fehlt das bei den heteronomen Normen völlig. Sie kommen von außen her an den Unterworfenen heran und verlangen Befolgung, auch wenn er nicht will. Sie bedürfen keiner Anerkennung. Die Verbindung zwischen Normgeber und Normnehmer kann demnach nur von dem Willen des ersteren ausgehen. Von diesem muß die Norm ihre Kraft und Geltung als Befehl herleiten. Nun leuchtet es sofort ein, daß das Wollen und Befehlen jemandes allein noch nicht ausreichend ist, für andere ein Sollen hervorzubringen. Denn um Befehle einer beliebigen Person wird sich niemand kümmern. Sie verpflichten nicht, sondern haben höchstens die

8) Bierling, Kritik I S. 109, 110, 359 ff.

Bedeutung eines Wunsches oder Rates [1]). Wann erhalten nun solche Befehle Geltung für andere? Wenn ein beliebiger Jemand einen Befehl erteilt, so erfaßt man diesen wohl mit seiner Erkenntniskraft; man weiß, daß der Befehl gegeben ist. Aber es fehlt die Veranlassung, ihm zu folgen. Der Wille bleibt unberührt. Das Befehlen allein genügt nicht, vielmehr muß zum Befehl ein Etwas hinzukommen, das auch den Willen des anderen in Tätigkeit setzt, ihn bewegt, dem Befehle nachzukommen [2]). Der menschliche Wille wird durch Motive geleitet, und zwar folgt er stets dem stärksten Motiv [3]). Das Motiv kann frei aus dem Innern des Menschen kommen oder von außen her gesetzt werden. Dem heteronomen Befehl, dem es eigen ist, ohne Anerkennung zu gelten, steht ein inneres Motiv — als notwendiger Bestandteil — nicht zur Seite. Es bleibt daher nur übrig, ihn mit einem äußeren Motiv [4]) zu verbinden, und zwar ist diese Verbindung notwendig. Der Normsetzer m u ß seinem Befehle ein Motiv hinzufügen [5]). Er wird ein solches wählen, das seiner Ansicht nach im Normalfalle die entgegenstehenden Motive überwinden und demnach als stärkstes Motiv sich erweisen wird. Denn er gibt den Befehl der Befolgung wegen. Beobachtet jemand eine heteronome Norm auf Grund des von außen gesetzten Motivs [6]), so hat er den Inhalt der Norm im

---

1) Kelsen S. 229; Ferneck S. 182.

2) Kelsen S. 202. 3) Ferneck S. 36; Neubecker S. 31.

4) Genauer: Mit einem Etwas, das als Motiv wirken kann; denn erst mit der Einwirkung auf den Menschen wird es Motiv, es braucht aber nicht Motiv zu werden.

5) Ferneck S. 79; Kelsen S. 202 ff., S. 45: Die Nötigung durch einen Rechtssatz sei stets mittelbar, durch die Rücksicht auf die Unrechtsfolge vermittelt. And. Ans. Binding, Strafrecht S. 106.

6) Befolgt jemand den heteronomen Befehl auf Grund eines anderen, etwa moralischen Motivs, so hat er materiell zwar auch

Augenblicke der Befolgung gewollt. Denn der Mensch kann in geistesgesundem und bewußtem Zustande nur das tun, was er will. Hat er aber mit dem Wollen des Befehls nicht sich selbst das Sollen gesetzt? Sind wir hiermit nicht zur autonomen Norm zurückgekehrt? Doch nicht. Zwar ist bei der Befolgung in beiden Fällen ein Wollen der Norm vorhanden. Aber bei der autonomen Norm ist das Wollen mit einem Gefühle der Zufriedenheit verbunden. Man hält die Norm zugleich für die richtige. Man billigt sie, man anerkennt sie. Bei der heteronomen Norm dagegen wird das Wollen von einem Gefühle der Unzufriedenheit, einer Empfindung des Zwanges begleitet. Man verspürt es, daß das Motiv nicht frei dem Innern entsprungen, nicht der Willensrichtung gemäß ist, sondern von außen her aufgenötigt worden ist. Festzuhalten ist dabei aber, daß man auch heteronome Normen billigen, anerkennen kann. Es wird das sogar die Regel sein. Aber man macht sie dadurch zugleich zu autonomen. Theoretisch ist jedoch der alsdann doppelte Geltungsgrund dieser Normen streng zu scheiden. Die Verschiedenheit tritt wieder in die Erscheinung, wenn einer der Geltungsgründe fortfällt.

Die heteronomen Normen unterscheiden sich namentlich von solchen autonomen, bei denen der Geltungsgrund in einer generellen Anerkennung des Befehlenden als solchen besteht und die Einzelanerkennung nur dessen logische Folge ist. Denn eine oberste Norm des Inhalts, jemanden als Befehlenden anzusehen, ist als heteronome unmöglich. Jede heteronome Norm nämlich verlangt, wie ausgeführt, die Hinzufügung eines äußeren Motivs. Für jene oberste Norm

---

den heteronomen Befehl befolgt, formell aber den moralischen. Denn man befolgt immer nur die Norm, deren Motiv wirkt. Ebenso Kelsen S. 222, 223.

kann aber ein solches Motiv nicht gesetzt werden, denn sie verlangt einen inneren Vorgang, ein dauerndes Verhalten des Willens. Da dieses aber unmittelbar niemals in die Erscheinung treten kann, weder nach der positiven, noch nach der negativen Seite, so fehlt jeder Anknüpfungspunkt für das äußere Motiv. Äußere Motive können überhaupt nur für äußere Handlungen gesetzt werden. Wenn daher jemand eine solche oberste Norm als heteronome aufstellen wollte, so wäre sie bezüglich des inneren Verhaltens ein bloßer Wunsch. Im übrigen aber würde sie nur ein solches äußeres Benehmen vorschreiben, das nicht auf eine Versagung der generellen Anerkennung schließen ließe.

Wie muß nun das zu einer heteronomen Norm hinzutretende äußere Motiv beschaffen sein? Vor jedem Handeln des Menschen besteht ein Widerstreit der Motive. Hierbei gibt naturgemäß das stärkste Motiv den Ausschlag. Als solches erscheint aber das, welches dem Menschen die größte Lust verspricht. Denn der Mensch kann nie gegen sein Interesse handeln. Er ist in allem ein, wenn auch, verfeinerter Egoist [7]). Das äußere Motiv kann nun in zweifacher Weise wirken, entweder durch Verheißung von Vorteilen im Falle der Befolgung der Norm oder durch

---

7) Ihering, Zweck I S. 52, 219; Zweck II S. 116; Ferneck S. 36 ff. Damit ist zu der Frage Determinismus oder Indeterminismus Stellung genommen, nicht aber zu der ob Willensfreiheit oder -unfreiheit. Binding, Normen I S. 485 ff.; II S. 3 ff. ist Anhänger des Determinismus, aber auch der Willensfreiheit. U. E. unterscheidet sich Freiheit und Unfreiheit des Willens nur durch den Standpunkt, den man bei Betrachtung menschlicher Handlungen einnimmt. Stellt man sich den Menschen als Handelnden vor, so erscheint sein Wille als frei; nach der Handlung aber als unfrei, da alles Geschehen notwendig ist, folglich der Mensch so handeln mußte. Vergl. Neubecker S. 101.

Androhung von Nachteilen im Falle der Übertretung, sodaß jedesmal die Lust zur Befolgung die Oberhand gewinnen kann [8]). Vorteile und Nachteile können selbstverständlich nur äußerer Art sein, da solche innerer Natur von Menschen unmittelbar nicht hervorgerufen werden können. Es zeigt sich hier aber, daß das Vorteils- oder Belohnungsmotiv für einen Befehl zu schwach ist. Die Belohnung folgt dem Befolgen der Norm, dem Übertreten folgt nichts. Dem Menschen soll etwas gegeben, nicht etwas genommen werden. Nun ist es eine offenkundige Tatsache, daß das Aussetzen von Belohnungen nicht so wirksam ist, wie das Androhen der Wegnahme von Gütern. Denn der Mensch hängt in erster Linie an seinem Haben, und erst sodann sucht er seinen Besitz zu vermehren. Während weiter das Bestreben, das Seinige zu bewahren, jedem mehr oder weniger von Natur aus eigen ist, das Nachteilsmotiv daher bei jedem — allerdings in verschiedenem Grade — zu verwerten ist, ist das Streben nach einem Mehr, das mit Mühsalen verbunden ist, nicht jedem Menschen eigen. Es gibt genügend solche, die mit ihrem augenblicklichen Besitz zufrieden sind. Auf diese ist daher das Belohnungsmotiv ohne Einfluß. Der Befehl verlangt aber Befolgung von allen, an die er sich richtet. Er muß deshalb mit einem Motiv verbunden sein, das auf alle wirken kann. Daraus folgt, daß das Belohnungsmotiv für einen Befehl nicht geeignet ist. [8]a). Die heteronome Norm kann daher nur mit einem Nachteilsmotiv verbunden sein. Sie muß dem Unterworfenen androhen, ihm bei einer Übertretung einen Nachteil, ein Übel zuzufügen, ihm etwas von seinem bisherigen Haben im weitesten Sinne zu neh-

---

8) Kelsen S. 205, 214, 217 ff.
8a) Neubecker S. 8.

men. Der heteronomen Norm ist eine Übelandrohung wesentlich [9]).

Aber nicht jede Androhung ist hinreichend. Vielmehr muß sie von einer Stelle ausgehen, der die nötige Macht und der energische Wille eigen sind, oder wenigstens von den Unterworfenen zugetraut werden, sie gegebenenfalls in die Tat umzusetzen [9]a). Es ist demnach eine machtvolle Drohung erforderlich. Denn nur eine solche vermag motivierend auf den Willen eines anderen einzuwirken. Dieses Wirken ist aber der immanente Zweck der Norm [10]). Ob sie aber tatsächlich wirkt, ist, wie gesagt, nebensächlich; sie muß nur die Fähigkeit haben zu wirken.

IV.

§ 7. Die Folgen der Übertretung von autonomen und heteronomen Normen.

Nach dem Gesagten hat die Geltung der autonomen und der heteronomen Normen einen völlig verschiedenen Grund. Bei jenen liegt er in dem Selbstwollen und Anerkennen des Normempfängers, bei diesen in dem fremden Wollen des Normgebers, der durch Motivsetzung den Willen des Normempfängers sich unterwerfen will. Dieser Unterschied zeigt besonders seine Folgen bei Nichteinhaltung von Normen. Bei autonomen hört bei — wissentlicher — Nichtbefolgung ihre Wirksamkeit und Geltung für den Betreffenden sofort auf. Denn in jeder wissentlichen Übertretung liegt ein Nichtanerkennen [1]). Da aber die Anerkennung der Geltungsgrund ist, so entfällt mit

9) Ferneck S. 79, 164 ff.: „Jede Norm bedarf einer Sanktion und zwar einer Drohung."

9a) Neubecker S. 7, 35.

10) Kelsen S. 14, 45.

1) Kelsen S. 360.

Versagen der Anerkennung die Geltung. Bei diesen Normen kann man daher von einer wissentlichen [2]) Übertretung eigentlich überhaupt nicht reden. Selbst wenn jemand sich vorgenommen hätte, die Norm für eine längere Zeit sich als Richtschnur zu wählen, und dem entgegen vor Zeitablauf der Norm bewußt zuwiderhandelte, so hätte er die Norm nicht übertreten. Denn wie er den Entschluß der Normeinhaltung für eine bestimmte Zeit fassen konnte, so kann er ihn auch zu jeder Zeit beliebig wieder abändern und aufheben. Der Befolgungsentschluß trägt die Norm und mit seiner Aufgabe bei der bewußten oder gewollten Übertretung [3]) versinkt sie. Wer so handelt, mag dem Rohre gleichen, das vom Winde hin- und hergeweht wird, ein Brecher autonomer Normen ist er aber nicht, da er sein eigener Gesetzgeber und Privilegienerteiler ist. Will jemand selbst eine lang beobachtete, bisher stets und von allen heilig gehaltene autonome Norm nicht mehr befolgen, so gilt sie im gleichen Moment für ihn nicht mehr. Freilich wird man bei grundlosem Übertreten sagen: Das sollte er nicht tun. Und er selbst wird sich den Vorwurf machen: Das hättest du nicht tun sollen; er wird Gewissensbisse bekommen. Das ist der Ausdruck für die Verletzung eines Sollens. In der Tat hat er auch ein Sollen, eine Norm verletzt, aber nicht die autonome, die er durch seinen Willen zum Erlöschen gebracht hat, sondern eine Norm anderer — ethischer oder religiöser Art [4]).

2) Eine nicht bewußte Übertretung ist möglich, da man nur das will, was man weiß.

3) Wissen und Wollen einer Übertretung ist dasselbe. Der Streit der Willens- und der Vorhersehenstheorie, namentlich im Strafrecht bei der Lehre vom Vorsatz ist ein Wortstreit. Siehe Kelsen S. 116.

4) Die Frage, die hierbei wieder auftaucht, ob die ethischen Normen autonome oder heteronome sind, kann für uns dahingestellt bleiben.

Weiter ist es möglich, daß jemand die Befolgung einer autonomen Norm sich vorgenommen und zugleich die Befolgung anderen gegenüber versprochen hat, die alsdann ein Gleiches zugesagt haben. Durch dieses gegenseitige Versprechen hat die autonome Norm ihren Charakter aber nicht verloren; denn der Versprechende verpflichtet sich noch immer selbst und hat sich nicht unter einen Befehlshaber gestellt. Mit Aufgabe der Beobachtung, mit dem Bruch des Versprechens hört die Norm für den Betreffenden auf zu existieren. Selbstverständlich hat er aber dadurch ein Sollen verletzt, nämlich das ethische Gebot, Versprechen zu halten. Auch werden die übrigen Mitglieder der Versprechensgemeinschaft, zumal bei häufiger Übertretung eines Beteiligten, die logische Folgerung ziehen, indem sie gegenüber dem, der nicht gewillt ist, die Gemeinschaftsnorm einzuhalten, auch selbst die Norm nicht mehr beobachten und ihn dadurch von der Gemeinschaft ausschließen. Sie lösen das Band, das sie bisher mit ihm verbunden hat, und machen ihn zu einem Gemeinschaftsfremden, demgegenüber keine Normen bestehen.

Diesem Gedanken begegnen wir auch in der Geschichte bei werdenden Staaten. Namentlich läßt er sich bei den germanischen Völkerschaften verfolgen. Dort war anfangs eine Staatsgewalt über den einzelnen Freien kaum ausgebildet. Es gab zwar eine Völkerschaftsversammlung. Diese konnte aber nur im Rahmen des Althergebrachten Anordnungen treffen. Neuerungen bedurften der — wenn auch vielleicht gewaltsam erzwungenen — Anerkennung aller Volksgenossen. Autonome Normen! Bei Normverletzung reagierte die Gemeinschaft durch Lösung der Gemeinschaftsbande gegenüber dem Verletzer. Dieser wurde aus dem Frieden der Gemeinschaft ausgeschlossen, friedlos gelegt, d. h. die übrigen Mitglieder erklärten,

auch ihm gegenüber nicht mehr an die Norm gebunden zu sein, so daß gegen ihn Morden und Rauben erlaubt war wie gegen Volksfremde. Das ist die Grundidee der Friedloslegung im alten deutschen Recht.

Bei den autonomen Normen spricht man auch von Selbstbindung [5]). Soll damit gesagt sein, daß man sich selbst gebunden, seinen Willen in einer bestimmten Richtung derart festgelegt habe, daß man jetzt nicht mehr imstande sei, diese Fessel beliebig zu lösen, so ist der Ausdruck unrichtig. Denn eine einfache Überlegung genügt, um zu wissen, daß nichts den Menschen hindern kann, im nächsten Augenblick genau das Gegenteil zu wollen wie vorher. Richtig ist der Ausdruck nur, wenn er besagen soll, daß der Mensch seinen Willen in einer bestimmten Richtung dauernd halten könne [6]).

Völlig anders steht es im Falle einer Nichtbefolgung bei den heteronomen Normen. Hier büßt die Norm durch Übertretung gar nichts von ihrer verbindlichen Kraft ein. Sie ist ja von einer Anerkennung oder einer Befolgung völlig unabhängig [7]). Vielmehr zeigt sie gerade jetzt ihre charakteristische Eigentümlichkeit. Sie kann nämlich nicht nur befolgt, sondern vermöge der ihr anhaftenden Androhung bei Übertretung auch „angewendet" werden [8]), indem die Übelandrohung nunmehr in die Tat umgesetzt wird. Die Zufügung des angedrohten Übels ist lediglich die notwendige Folge der Androhung selbst. Die Drohung, die motivierend auf den Menschen wirken soll, würde ihren Dienst gänzlich versagen, wenn ihr nicht ge-

---

5) Heteronome Normen können nicht auf Selbstbindung beruhen, das ist ein Widerspruch. Kelsen S. 404; Ferneck S. 186 ff.

6) Schon besser ist der Ausdruck Selbstverpflichtung. Jellinek, Syst. S. 182 ff.; Staatenverb. S. 34 ff.

7) Kelsen S. 46 ff.

8) Kelsen S. 49, 50, 53, 54.

gebenenfalls die Ausführung folgen würde. Sie würde sich alsdann als ein leerer Schein, als eine Vogelscheuche erweisen, die nur Narren und Kinder erschrecken würde. So sagt auch Ferneck [9]): „Der Vollzug der Drohung ist die logisch notwendige Konsequenz der Drohung, ohne welche die Drohung ihre Existenz als solche einbüßen würde" und weiter [10]): „Drohung und Vollzug können ihrer Berechtigung nach nicht gesondert bestritten oder anerkannt werden, denn sie sind logisch miteinander verbunden." Mit dem Wegfall der Drohung aber würde die Norm ihren motivierenden Bestandteil verloren und damit als nackter Befehl aufgehört haben eine heteronome Norm und überhaupt Norm zu sein. Der Zweck der Übelzufügung ist demnach die Abschreckung für die Zukunft, die Aufrechterhaltung der Drohung sowohl dem Übertreter als auch den anderen Normunterworfenen gegenüber [11]). Damit ist aber nicht gesagt, daß mit der Übelzufügung nicht auch noch andere Zwecke als Nebenzwecke verfolgt werden könnten, die Besserung des Delinquenten oder Ausbesserung entstandenen Schadens. Der Übertretung muß also logisch die angedrohte Übelzufügung nachfolgen. Es schadet aber nicht, wenn in einem einzelnen Falle die Drohung nicht ausgeführt wird, weil der Befehlende es nicht will oder nicht kann. Ja es ist nicht einmal nötig, daß die Anwendung der Norm in der Regel der Über-

---

9) S. 167. 10) S. 168.

11) Ferneck, a. a. O. u. S. 84, 85; a. A. Thon, Rechtsnorm S. 24 ff.; Jung, Problem S. 75 verwirft die Abschreckungstheorie. Er hält die verbrechenverhütende Maßregel, daß man einen Dieb einfach niederschießen dürfe, für viel wirksamer als die staatliche Strafe; denn erfahrungsgemäß rechne der Verbrecher immer damit, daß er von dieser nachhinkenden Vergeltung nicht ereilt werde, S. 79. Aber rechnet nicht der Übeltäter noch eher damit, daß er nicht niedergeschossen wird?

tretung folgt, sodaß die Nichtanwendung die Ausnahme bildet. Es ist nur erforderlich, daß man noch in irgend einer Weise die Drohung fürchtet, daß die Norm noch die Möglichkeit hat, durch Drohung motivierend auf die Unterworfenen einzuwirken. Wenn freilich die Nichtanwendung der Norm wahrscheinlicher ist als ihre Anwendung, so gleicht die Norm einem altersschwachen Greise, der dem Grabe entgegenwankt. Ist der Vollzug der Drohung ausgeschlossen, etwa weil die Machtstellung des Befehlenden gebrochen ist, so ist die Drohung eine Schale ohne Kern, ein Phantom geworden, und mit ihrem Wegfall die Norm ebenfalls dahingesunken. Hier ist ein Punkt, wo die Welt des Seins in die des Sollens hinübergreift, wo ein tatsächliches Geschehen und Nichtgeschehen ein Sollen zum Erlöschen bringt [12]). Für die heteronome Norm ist demnach wie die regelmäßige Befolgung, so auch die regelmäßige Anwendung gleichgültig [13]). Sie verlangt nur eine (machtvolle) Androhung. Ist diese auch bei seltener Normanwendung noch vorhanden, so steht die Geltung der Norm außer Frage.

Es ist denkbar, daß eine Norm gilt und zwar in kraftvoller Weise, die in keinem einzigen Falle beobachtet wird —, wenn nur in den Übertretungsfällen die Drohung zur Ausführung gelangt [14]). Hierbei ist nun nicht zu übersehen, daß auch zwischen Befolgung

---

12) Hierzu siehe Kelsen S. 47/48 über die Wechselwirkungen zwischen Sein und Sollen. Er irrt sich nur darin, daß nicht das Sein des Befolgt- oder Nichtbefolgtwerdens auf das Sollen einwirken kann, sondern nur das Sein des Angewendet- oder Nichtangewendetwerdens.

13) a. A. Ferneck S. 94, nach dem das Recht eine „sich wenigstens regelmäßig durchsetzende physische Macht über den Willen des Menschen" ist, auch S. 79.

14) Kelsen S. 48 ff.

und Anwendung einer Norm Wechselwirkungen bestehen. Eine Norm, die trotz Anwendung nicht befolgt wird, vermag sich auf die Dauer nicht zu halten. Hier gilt das menschliche „Trägheitsgesetz" [14a]). Die Anwendungen der Norm werden seltener werden und schließlich aufhören, sodaß die Norm mangels Drohung dahinschwindet. Allerdings gibt es in solchem Falle noch ein Mittel, der Norm das Leben zu erhalten: Man verschärft die Drohung in der Erwartung, daß ein schwereres Übel eher den Willen der Normunterworfenen beugen und zur Befolgung bringen wird. Versagt aber auch diese Maßregel, so ist der Tod der Norm über kurz oder lang besiegelt. Die Macht eines äußeren Normengebers ist eben auf äußere Mittel beschränkt und vermag nur mittelbar auf die Unterworfenen einzuwirken [15]). Sie zerschellt an einem hartnäckigen Willen. Hier ist wieder eine Stelle, wo ein Sein ein Sollen zerstört, aber doch mit einem wesentlichen Unterschied gegen vorhin. Das Sein der Nichtbefolgung vermag nämlich nicht direkt, sondern nur vermittelst des Seins der Nichtanwendung einer Norm den Untergang zu bereiten. Streng genommen ist es daher nur das letztere Sein, das ein Sollen vernichten kann.

Aus dem Umstande, daß die Anwendung der heteronomen Norm lediglich der Vollzug der Drohung ist, ergibt sich der Geltungsbereich der Normanwendung. Die Normen können nämlich logischerweise nur auf die angewendet werden, auf die sich die Drohung erstreckt hat. Die Drohung aber trifft alle, die sie umfassen will und kann. Anwendbarkeit und Drohung müssen sich daher immer auf dieselben Personen beziehen. Es kann niemanden geben, der von der

---

14a) Ähnlich Neukamp S. 134 ff. Anm. 5.
15) Ferneck S. 83; Kelsen S. 45.

Drohung getroffen würde, von der Anwendbarkeit der Norm aber verschont bliebe. Aber auch umgekehrt ist keine Anwendung möglich ohne vorherige Androhung. Wenn jemanden ein Übel zugefügt wird, ohne daß es ihm vorher angedroht ist, so kann keine Normanwendung vorliegen. Vielmehr liegt ein Akt rein physischer Gewalt vor.

Der Zweck der Normandrohung ist die Einwirkung auf den Willen der Normunterworfenen. Damit er erfüllt werden kann, muß die Norm mit der Androhung naturgemäß den Unterworfenen bekannt gemacht werden. Ist sie diesen nicht zu Ohren gekommen, so bedarf es keiner Anwendung, um sie aufrecht zu erhalten. Sie ist ja noch gar nicht in die Lage gekommen, ihre Macht über die Menschen zu erproben. Vor der Bekanntmachung kann man überhaupt noch nicht von einer Androhung sprechen, höchstens von einer „Drohung". Der Normgeber muß demnach seine Normen so erlassen, daß die Untergebenen sie kennen lernen werden; die Form ist gleichgültig. Wenn aber trotzdem jemand die Androhung nicht vernommen hat und jetzt die Norm übertritt, kann diese doch auf ihn angewendet werden? Nach dem eben Gesagten sollte man geneigt sein, die Frage zu verneinen. Denn der Übertreter hatte nicht die Möglichkeit, die Norm auf sich einwirken zu lassen. Er hat die Normdrohung nicht mißachtet, sodaß sie ihm gegenüber nicht durch Vollzug aufrechterhalten zu werden braucht. Aber die Normanwendung ist auch dazu da, der Androhung den anderen Normunterworfenen gegenüber ihre Macht zu behaupten. Es muß daher auch in diesem Falle zur Abschreckung der anderen die Normanwendung erfolgen. Daß hier jemand für andere ein Übel erdulden muß, mag hart sein, ist aber in einer Gemeinschaft nicht zu vermeiden und auch durchaus nicht selten; man braucht nicht an extreme Fälle, wie die frühere Dezi-

mierung, zu denken. Sollte aber die Norm nur für den Übertreter gelten, so ist ihre Anwendung hier ausgeschlossen.

Nun wird es für den Normgeber, zumal bei einer großen Zahl von Normunterworfenen, oft schwierig sein, seine Gebote so zu erlassen, daß sie alle normalerweise vernehmen werden. Da hilft ihm folgendes Mittel: Er macht nur eine einzige Norm allen Unterworfenen kund, nämlich die Norm des Inhalts, daß alle die Pflicht hätten, Vorschriften, die in einer bestimmten Weise von ihm veröffentlicht würden, zur Kenntnis zu nehmen, widrigenfalls diese dennoch angewendet werden würden. Geben sich nun die Normpflichtigen nicht die Mühe, mit also veröffentlichten Regeln bekannt zu werden, so erfolgt ihre Anwendung trotzdem, zwar nicht um diese Normen, sondern um jene erste allgemeine Vorschrift aufrecht zu erhalten. Eine solche Norm kann auch stillschweigend erlassen werden und sich daher auch aus der Anwendung von Normen trotz Nichtkenntnis von ihnen ergeben. Daher der Satz: Error iuris nocet.

Fassen wir das bisherige Resultat zusammen, so ergibt sich: Es gibt autonome und heteronome Normen. Erstere stehen und fallen mit der Anerkennung der Unterworfenen. Letztere sind von einer solchen Anerkennung völlig unabhängig, bedürfen dafür aber der Hinzufügung einer machtvollen Übelandrohung.

B. Die Konventional- u. Rechtsregeln im besonderen.

I.

§ 8. Die autonome Natur der Konventionalregeln.

Die Gemeinschaftsregeln können in den beiden Formen als autonome und heteronome auftreten. Da-

mit ist aber nicht gesagt, daß sich die menschliche Gemeinschaft auch tatsächlich beider Arten bedient hat. Das bedarf noch einer näheren Prüfung.

Es gibt jedenfalls autonome Normen, die sich also lediglich auf die Anerkennung der Gemeinschaftsglieder stützen. Es sind dies die unendlich vielen und mannigfaltigen Regeln der Sitte, des Anstandes, die sogen. Konventionalregeln. Schon der letztere Ausdruck zeigt an, daß sie eine Selbstverpflichtung enthalten. Sie gehen nicht von einem Befehlenden, über den Normalpflichtigen Stehenden, etwa von der — organisierten — Gemeinschaft selbst aus. Denn sie sind mit einer Übelandrohung nicht verbunden. Häufig werden allerdings die Gemeinschaftsmitglieder sich veranlaßt fühlen, die Gemeinschaft mit einem hartnäckigen Normübertreter in gewisser Weise aufzuheben. Sie brechen die gesellschaftlichen Beziehungen mit ihm ab. Und das mag vielleicht auch manchen bewegen, der die Gemeinschaftsnorm nicht billigt [1]), sie trotzdem zu beobachten. Aber diese Übertretungsfolge ist lediglich die logische Konsequenz der Mißachtung der Regel von seiten der anderen gegen den Verletzer und müßte daher — bei Fehlen anderer Rücksichten — eigentlich in jedem Falle eintreten. Es geht wie beim Spiele; wer sich den Spielregeln nicht fügt, der mag allein spielen. Wo aber etwas aus logischer Konsequenz folgt, kann man nicht mehr von einer Androhung sprechen; denn androhen kann man immer nur etwas, das normalerweise nicht eintreten würde. Auf eine logische Konsequenz kann man nur aufmerksam machen. Mit der Androhung wird ein Zweck verfolgt, den man auf diese Weise erreichen

---

1) Diese Beobachtung ist streng genommen keine Normerfüllung, da die Anerkennung fehlt, und daher für den Betreffenden eine Norm nicht vorhanden ist.

will. Logisches Handeln aber kennt eine solche Zwecksetzung nicht. Es kann daher keine Rede davon sein, daß der Abbruch gewisser Gemeinschaftsbeziehungen eine von der Gemeinschaft auf die Übertretung gesetzte Folge sei, daß er auf dem Willen der Gemeinschaft beruhe. Zwar kann er gewollt werden, er gründet sich aber auf Verstandesoperationen. Er ist keine angedrohte, sondern eine selbstverständliche Folge. Er bezweckt nicht die Aufrechterhaltung der Norm, sondern konstatiert nur das Nichtbestehen der Regel für den Übertreter. Zudem wird er nicht von allen Menschen als ein Übel empfunden, oft eher als eine Wohltat betrachtet und ist daher auch nach dieser Richtung hin nicht geeignet, den Hintergrund für eine heteronome Norm abzugeben.

Fällt eine Konventionalregel inhaltlich mit einer moralischen Norm zusammen, so wird normalerweise im Falle einer Übertretung die Lösung von Gemeinschaftsbeziehungen mit einer Mißachtung von seiten der anderen Gemeinschaftsglieder verbunden sein. Aber diese Folge, die als Übel empfunden werden kann, steht mit den Konventionalregeln nur in einem zufälligen Zusammenhang. Sie schließt sich logisch an die moralische Norm an. Von ihr kann man daher noch weniger sagen, daß sie für den Fall einer Übertretung der Konventionalregeln als Übel angedroht ist.

Da den Konventionalregeln die Übelandrohung, das charakteristische Merkmal heteronomer Normen, fehlt, so können sie nur autonomer Natur sein, weil es lediglich autonome und heteronome Regeln gibt [2]).

---

2) Stammler, Wirtschaft S. 125, 547 ff.; a. Ans. Ihering, Zweck II S. 24, 119, 276; Hatschek S. 4 ff., der aber unter Konventionalregeln etwas anderes versteht als hier damit gemeint ist. Seine Konventionalregeln sind Rechtsregeln, sog. Gewohnheitsrecht. Darüber weiter unten.

Würden bei Übertretung einer Konventionalregel die anderen Gemeinschaftsglieder sich mit dem Abbruch von Beziehungen nicht mehr begnügen, sondern versuchen, durch Gewaltmaßregeln den Übertreter zu einer Befolgung der Norm zu zwingen, so läge ein Akt roher Gewalt, ein Willkürakt vor. Die Norm bliebe eine autonome und wäre durch die Anwendung der Gewaltmittel noch nicht zu einer heteronomen geworden. Denn die vorherige Androhung der Maßregeln hat gefehlt. Denselben Gedanken hat anscheinend Stammler[3]) durch die Worte ausdrücken wollen: „Willkürliche Gewalt liegt vor, wenn ein Befehl erlassen wird, den der Befehlende selbst gar nicht — dem formalen Sinne nach — als objektiv bindende Regelung menschlicher Verhältnisse erachtet." Denn nur in der vorherigen Androhung der Gewalt liegt eine solche objektiv bindende Regelung. Aber freilich wäre mit der Gewaltanwendung der erste Schritt zu einer Umwandlung der Konventionalregeln in eine heteronome getan. Denn wenn die Anwendung der Gewalt nicht nur — willkürlich — einmal bei einer Normalübertretung erfolgt, sondern die Regel wird, sodaß sie einem jeden für den Fall der Nichtbeobachtung bevorsteht, so liegt eine stillschweigende Androhung der Machtanwendung vor[4]). Damit ist aus der autonomen Norm eine heteronome geworden. Selbstverständlich kann die Androhung auch noch ausdrücklich erklärt werden. Hier ist abermals ein Punkt, wo ein Sein ein Sollen beeinflußt, indem es durch Umwandlung eine heteronome Norm schafft. Zugleich zeigt sich auch, daß die Scheidewand zwischen den beiden Normarten verschiebbar ist. Und es ist im Leben öfter vorgekommen, daß eine Konventionalregel zu einer heteronomen ge-

---

3) Wirtschaft S. 487, siehe auch Ihering, Zweck I S. 357 ff.
4) Vergl. hierzu Jung, Problem S. 100 ff.

worden ist, nämlich jedesmal dann, wenn deren Beobachtung als notwendig erschienen ist. Aber auch das Umgekehrte ereignet sich.

II. Die heteronome Natur der Rechtsregeln.

1. § 9. Die Unabhängigkeit der Rechtsregeln von einer Anerkennung.

Mit dem zuletzt Gesagten haben wir der Beantwortung der Frage, ob es auch in der Tat heteronome Gemeinschaftsregeln gebe, bereits vorgegriffen. Es gibt solche Normen, und zwar sind es die Rechtsregeln. Damit ist gesagt, daß die Rechtssätze ihren Grund nicht in Anerkennung der Unterstellten, sondern in dem Machtspruche eines Befehlenden haben [1]). Für sie ist es an sich gleichgültig, ob die Rechtspflichtigen sie anerkennen oder nicht; denn mit Verweigerung der Anerkennung hören sie keineswegs zu existieren auf, zeigen vielmehr jetzt die ihnen als heteronome Normen eigentümliche Seite ihrer Anwendbarkeit [2]). Sie setzen

---

1) Ebenso Ferneck S. 79, 186 ff.; Stammler, Wirtschaft S. 124; Herzfelder S. 145, 146; Harun S. 9, 11; Jellinek, Ges. u. Verordn. S. 217; Merkel S. 130/31; Seligmann S. 46 ff.; Puchta I S. 141; Ihering, Zweck I S. 253, 320 ff.; Lüders S. 33; Kelsen S. 40: „Durch die Existenz eines außer- und überhalb des Menschen stehenden Gesetzes, dessen Normen ihrem Inhalt nach objektiv festgestellt werden können und ihrer Entstehung nach von subjektiven Faktoren: dem Innern des unter der Herrschaft des Gesetzes stehenden Individuums völlig unabhängig sind, ist die heteronome Natur der Rechtssätze in eklatanter Weise determiniert." Neubecker S. 45.

2) Stammler S. 380, 479; Herzfelder S. 145/46; Stintzing S. 9; Kelsen S. 346/47: „Die rein heteronome Natur des Rechts steht jedenfalls außer Zweifel und kommt gerade darin zum Ausdruck, daß die Rechtssätze auch den verpflichten, der sie nicht befolgen will, ja auch den, der sie gar nicht kennt." „Die verpflichtende Rechtsnorm dagegen führt im Gesetze eine durchaus objektive, vom Innern der zu verpflichtenden Subjekte unabhängige Existenz."

jetzt die Drohung, mit der sie als heteronome Normen versehen sein müssen und auch in der Tat versehen sind, gegen den Übertreter in die Wirklichkeit um. Dieser verspürt es an sich selbst, daß die Rechtsnorm in ihrer Geltung von seinem Willen unabhängig ist, da sie gegen sein Wollen Ansprüche an ihn erhebt und ihm gerade dann in ihrer Größe und Kraft entgegentritt, wo er glaubt, sich über sie hinwegsetzen zu können.

Wir werden nun zunächst nachzuweisen suchen, daß die Rechtsnormen nicht auf einer Anerkennung basieren, da sie sich auch auf Nichtanerkennende erstrecken [3]). Damit ist der Beweis der heteronomen Natur erbracht. Alsdann werden wir aber auch die charakteristischen Merkmale der heteronomen Normen bei den Hauptgruppen der Rechtssätze kurz darzulegen versuchen. Sind diese Charakteristika bei einzelnen Normen, die gemeiniglich als Rechtsnormen angesprochen werden, nicht aufzufinden, so werden wir den Schluß ziehen müssen, daß wir hier in Wirklichkeit keine heteronomen, keine Rechtsnormen, sondern Konventionalregeln vor uns haben.

Zum Anerkennen gehört, wie bereits gesagt, wollen und billigen. Wollen kann man aber nur etwas, das man sich vorstellt, das man weiß [4]). Nun bedarf es

---

3) A. Ans. Bierling, Kritik I S. 7, der Seite 8 sogar nur die Anerkennung einer Mehrheit fordert. Wie kann aber die Anerkennung einer Mehrheit eine Pflicht der nicht anerkennenden Minderheit schaffen? An anderer Stelle S. 135 läßt er im Widerspruch damit das Recht nur für die gelten, die es anerkennen. Siehe auch Prinzipienlehre I S. 19. And. Ans. ebenfalls Windscheid-Kipp S. 83; Grueber S. 14; Hänel, Studien II S. 120, nach dem das Recht „seinen letzten Grund in der Überzeugung von seiner Notwendigkeit, in der Anerkennung desselben seitens aller an der Rechtsgemeinschaft Beteiligten" findet.

4) Kelsen S. 116, 356. And. Ans. Bierling, Krit. I S. 6, wo er von „unbewußter, unwillkürlicher" Anerkennung spricht. Das

keiner weiteren Ausführung, daß nur die wenigsten — vielleicht niemand — die Unsumme der auf sie bezüglichen Rechtssätze kennen. Die nicht gekannten und daher auch nicht gewollten und anerkannten Rechtsnormen gelten aber auch für die Nichtkennenden. Hier könnte man nun den Einwand erheben, es sei nicht nötig, alle einzelnen Rechtsnormen zu kennen und anzuerkennen; es genüge, wenn man generell sich als oberste Norm setze, die von einer gewissen Stelle aus ergehenden Vorschriften sollten Geltung haben [5]). Dieses ist aber nicht stichhaltig. Denn wenn man auch bei Anerkennung der obersten Norm konsequenterweise die subordinierten Normen anerkennen wird, so bedarf es doch bei jeder einzelnen Norm einer neuen, gerade auf sie gerichteten Anerkennung [6]). Mit der ersten Anerkennung ist die letztere nicht notwendig verbunden, da der Mensch auch unlogisch wollen und handeln kann. Wie ist zudem eine solche generelle Anerkennung bei den Rechtsregeln nachzuweisen? Bei vielen Normpflichtigen wird sie vorhanden sein. Wie steht es damit aber bei den Anarchisten? Das Nichtanerkennen ist ja gerade ihr Prinzip, und doch gelten die Rechtssätze auch für sie. Kann man weiter von einer allgemeinen Anerkennung bei jenen Menschen sprechen, deren geistiges Vermögen über die Erfassung der einzelnen, ihnen unmittelbar aufstoßenden Rechtssätze nicht hinausgeht? Ist sie auch bei solchen zu finden, die — vielleicht unbewußt — in ein neues

---

muß ihm aber selbst bedenklich erschienen sein, denn Krit. II S. 359 führt er aus, daß bei der unbewußten Anerkennung „streng genommen nicht von einem völligen Mangel von Bewußtsein" die Rede sein könne. Also gibt es keine unbewußte Anerkennung! Siehe aus Ihering, Zweck I S. 11: Kein Wollen ohne Zweck. And. Ans. Zitelmann, Irrtum S. 65 ff.

5) So Bierling, Krit. I S. 138; II S. 359 ff.

6) Kelsen S. 358/59.

Rechtsgebiet eintreten und damit unstreitig dessen Normen unterliegen [7])? Die generelle Anerkennung ist eine Fiktion [8]). Wären die Rechtsregeln von einer generellen Anerkennung abhängig, so wäre es eine Lust, Verbrecher zu sein. Man verweigerte die Anerkennung und entledigte sich damit der ganzen Last der Gesetze [9]). Ein vorsichtiger Mann würde die Versagung vielleicht noch öffentlich bekannt machen, damit man ihm nicht doch noch die Anerkennung andichte.

Daß die Anerkennung der einzelnen Rechtsnormen trotz Kenntnis nicht immer vorhanden ist, zeigt jede wissentliche Übertretung [10]). Denn der Rechtsbrecher will das nicht, was er wollen soll. Er anerkennt demnach in dem einzelnen Falle die Norm nicht. Und doch bewährt diese ihre Geltung, indem sie Diebe einsperren und Mörder mit dem Tode bestrafen läßt.

Selbstverständlich können die Rechtsnormen anerkannt werden. Ja es wird das Streben jedes vernünftigen Rechtssetzers sein, seine Normen so zu erlassen, daß sie von möglichst vielen anerkannt werden [11]). Denn alsdann werden die Rechtsnormen zugleich zu autonomen und haben somit einen doppelten Geltungsgrund. Doppelte Stricke reißen aber bekanntlich nicht so leicht wie einfache. Festzuhalten ist jedoch immer, daß die Anerkennung der Rechtsnormen, wenn auch wünschenswert, so doch nicht notwendig ist. Sie ist eine zufällige Begleiterscheinung.

---

7) Das behauptet in der Tat Bierling, Krit. I S. 136, der sogar eine Nichtanerkennung für geradezu unmöglich erklärt.

8) Kelsen S. 353. Derlei Fiktionen sind noch heute in der Rechtswissenschaft in großer Zahl vorhanden.

9) Seligmann S. 130 ff.

10) Wie steht es mit der Anerkennung bei Unerwachsenen? Nach Bierling, Krit. I S. 92 anerkennen die Eltern für die Kinder, der Vater sogar für seine Hausgenossen!

11) Hertling S. 39; Rümelin, Gewohnheitsrecht S. 200.

2. Die heteronomen Normmerkmale bei den Rechtsregeln.

a) § 10. Im staatlichen Gesetzesrecht.

Machen wir jetzt die Probe auf das Exempel. Die Rechtsnormen müssen alle Merkmale heteronomer Normen haben. Sie müssen demnach von einem über dem Normpflichtigen stehenden Befehlenden ausgehen, der sie mit einer Übelandrohung versieht und der zugleich den Willen und die Macht hat, die Drohung zu verwirklichen. Es unterliegt keinem Zweifel, daß das staatliche Gesetzesrecht von einem Befehlenden ausgeht. Das gibt selbst die Anerkennungstheorie zu [1]). Der Befehlende ist der Staat. Was man unter ihm zu verstehen hat, ob er eine Fiktion [2]), ein Zurechnungspunkt [3]), eine Zweckeinheit [4]), eine als Einheit gedachte Vielheit [5]), eine Organisation mit selbständigem Willen [6]) oder ein wirkliches Wesen [7]) ist, das kann hier dahingestellt bleiben. Der Staat hat seine Rechtsbefehle auch mit Übelandrohung verbunden. Für das Strafrecht ist das unbestritten, wenn auch Binding [8]) die Strafklausel nicht für einen Bestandteil der Norm hält. Wie steht es aber damit im Zivilrecht? Wo ist hier die Übelandrohung zu finden? Hier liegt sie in der in Aussicht gestellten zwangsweisen Verwirklich-

---

1) Bierling, Krit. I S. 138.

2) Bierling, Krit. II S. 84 ff.

3) Kelsen S. 163 ff. „Juristische Konstruktion." Insbesondere S. 181—186. Hänel, Studien II S. 231; „Abstraktion"; Rümelin, Zweckvermögen S. 17 „Beziehungspunkt".

4) Berantzik S. 233; Brins, Pand. I S. 223 ff.

5) Herzfelder S. 123, 130; Meurer S. 19, 46 ff.; Ferneck S. 262, 269.

6) Jellinek, Ges. u. Ver. S. 190, 194.

7) Gierke, Deutsch. Pr. R. I S. 469 ff.; Genoss. R. II S. 886 ff.; Gen. Theor. I S. 24, 603 ff.

8) Normen S. 81 ff.

ung oder Schadensersatzleistung [9]). Daß letztere für den Verpflichteten ein Übel ist, kann nicht geleugnet werden. Doch auch die Zwangserfüllung ist ein Übel, wie überhaupt jeder Zwang als Übel empfunden wird. Dazu kommen noch die oft großen Kosten der Anwendung des staatlichen Zwangsapparats. Wenn die Drohung im Zivilrecht den einzelnen Normen nicht unmittelbar anhängt, sondern im Prozeßrecht, insbesondere dem Zwangsvollstreckungsrecht, einheitlich als Generalklausel — gleichend einem Exponenten bei einer Klammer — erscheint, so kann das keinen Unterschied machen. Solche Generalklauseln gibt es übrigens auch im Strafrecht, namentlich in seinen Nebengesetzen. Die Androhung selbst unterscheidet sich im Zivilrecht von der des Strafrechts in keinem wesentlichen Punkte [10]). Zwar sind die angedrohten Übel des Strafrechts und des Zivilrechts von verschiedener Art und daher wirkt auch die Ausführung der Androhung — abgesehen von ihrem Hauptzweck, der Aufrechterhaltung der Norm — verschieden. Im Strafrecht wird nur der Übertreter an seinen Gütern geschädigt; im Zivilrecht ist die Schädigung des Übertreters zugleich mit einer Befriedigung oder Entschädigung des Verletzten verbunden. Dieser verschiedene Nebenerfolg der Ausführung der Drohung berührt aber das Wesen der Androhung selbst nicht. Denn für die Rechtsnorm ist nur die Beifügung der Androhung eines Übels notwendig, dessen Art an sich gleichgültig ist. Die Norm

---

9) Ferneck S. 84; Thon, Rechtsnorm S. 39, 42, 52, 65; Schloßmann, Vertrag S. 315 Anm. 1; Ihering, Zweck I S. 320, 488 ff., der allerdings weniger auf die Drohung als auf deren Verwirklichung den Zwang sieht; Kelsen S. 205; a. A. Binding, Normen S. 433 ff., 452 ff., 474.

10) And. Ans. Binding a. a. O. S. 282 ff., der aber immer nur an die Anwendung der Drohung, nicht an diese selbst denkt; vergl. wie hier Neubecker S. 109 ff.

wird ja der Befolgung wegen aufgestellt. Die Ausführung der Androhung kommt erst in zweiter Linie in Betracht, nur für den Fall der Nichtbefolgung, der nach dem Willen des Gesetzgebers überhaupt nie eintreten sollte, und erfolgt alsdann zu dem Zwecke, eine Wiederholung in der Zukunft zu verhüten. Wenn der Gesetzgeber dabei noch Nebenzwecke zu erreichen sucht, so sind diese bezüglich der Norm nur zufällige und berühren ihr Wesen nicht. Das Schwergewicht der Norm liegt in dem Abhalten von der Übertretung durch die Androhung, nicht in deren Ausführung [11]).

Jede Übelzufügung enthält im Grunde ein testimonium paupertatis des Staates. Dieser hat seinen Willen nicht durchzusetzen vermocht und muß jetzt suchen, seine mißachtete Autorität wieder zu Ehren zu bringen. Daß er im Zivilrecht seine Drohung von dem Begehren eines Dritten, von dessen Klageerhebung abhängig macht, ist nebensächlich. Es ist der Androhung nur eine Bedingung hinzugefügt. Das kommt auch im Strafrecht vor bei den Antragsdelikten.

Wie steht es aber mit den leges imperfectae, den sogen. Naturalobligationen, im Zivilrecht? Hier fehlt die Androhung allerdings. Infolgedessen besteht auch keine Erfüllungspflicht. Und doch gehören diese Normen nicht zu den Konventionalregeln, wenigstens nicht ganz, sondern auch zu den Rechtsregeln. Das kommt daher, daß ihre Beobachtung die Wirkung einer rechtlichen Erfüllung hat. Sie ist keine Schenkung, sondern genießt den Schutz einer Pflichterfüllung. Was vorher vom Rechte als eine Pflicht ignoriert wurde, wird nach der Leistung als eine solche angesehen. Wir

---

11) Hertling S. 153: „Somit gilt, daß gestraft wird, weil gefehlt wurde. Die Strafe hat ihren Zweck in sich selbst, nicht in den Folgen, welche durch sie bewirkt werden oder bewirkt werden können."

haben hier ein Institut vor uns mit einem Doppelgesicht, das verschieden ist, nach dem Standpunkte des Beschauers [12]).

Im staatlichen Verwaltungsrecht im weitesten Sinne besteht die Drohung, soweit sich die Normen an die Untertanen selbst richten, größtenteils in einer zwangsweisen Durchführung; im übrigen ist sie in den für die Beamten geltenden Disziplinarsätzen ausgesprochen. Fehlt es an solchen Drohungen, wie bei den Sätzen, die sich mit den Pflichten des Monarchen befassen, so können keine Rechtsregeln vorliegen. Zweckmäßig ist es aber, diese Sätze trotzdem in dem Rechtssystem mit aufzuführen, da sie dem Ganzen die oberste Spitze geben. Wohl aber sind die Normen, die Rechte des Monarchen statuieren, Rechtssätze; denn sie begründen Pflichten für andere [13]).

Wir haben somit gesehen, daß das staatliche Gesetzesrecht mit Übelandrohungen verbunden ist. Daß der Staat in geregelten Zuständen den Willen und auch die Macht hat, diese Drohungen zu verwirklichen, bedarf keiner weiteren Worte, mag es ihm auch im einzelnen Falle nicht gelingen, die Drohung an dem Rechtsbrecher zu vollziehen. Freilich, wenn diese Mißerfolge sich häufen, so verblaßt die Drohung. Und ist der Staat in Zeiten des Verfalles ohnmächtig geworden, seine Gesetze anzuwenden, so ist mit dem Wegfall der Drohung die Rechtsnorm abgestorben.

b) § 11. Im staatlichen Gewohnheitsrecht.

Gehen wir nunmehr zum staatlichen Gewohnheitsrecht über. Hier begegnen uns die mannigfachsten

12) Kelsen S. 286: „Die leges imperfectae sind unverbindliche Wünsche der Gesetzgeber, nicht aber Wille des Staates. Herzfelder S. 153 hält die leges imperfectae für Recht, aber nur wegen ihrer Geltungsquelle. 13) Kelsen S. 689.

Ansichten über Herkunft und Geltungsgrund. Die bisherigen Hauptansichten lassen sich in 4 Gruppen zusammenstellen. Die erste behauptet, das Gewohnheitsrecht beruhe auf dem Willen oder der Überzeugung eines Volkes [1]). Die zweite, es stütze sich auf die Überzeugung des Volkes von seiner Rechtsnotwendigkeit und die Übung [2]). Die dritte, es entstehe lediglich durch die Übung des Volkes [3]). Die vierte, es gelte kraft staatlicher Genehmigung oder Anerkennung [4]).

Die erste Ansicht, die namentlich von der sog. historischen Schule vertreten worden ist, verkennt, daß es in Wirklichkeit gar keinen gemeinsamen Willen und keine übereinstimmende Überzeugung eines Volkes gibt. Jedes Volk besteht aus heterogenen Teilen mit einander oft direkt entgegengesetzten Ansichten und Bestrebungen. Der einzelne sucht sein Denken und Wollen zur Geltung zu bringen. Allenfalls kann man sagen, daß das Recht den Anschauungen des — mächtigsten, aber nicht immer des größten — Volksteiles entspricht. Die Volksüberzeugung, der Volksgeist ist eine Fiktion [5]). Vor allem aber übersieht diese Theorie den fundamentalen Unterschied zwischen Rechtsinhalt und Rechtsbefehl. Wenn man selbst die Möglichkeit einer

---

1) Puchta, Gewohnheitsrecht I S. 78, 141, 147; II S. 10, 17, die Uebung ist für ihn nur Erkenntnisquelle des Gewohnheitsrechts. Löning S. 28; Schloßmann, Vertrag S. 235: „Unser Rechtsbewußtsein ist die Quelle unseres Rechts."

2) Die bisher herrschende Ansicht, siehe Eich S. 53; Laband, Staatsrecht S. 489, insbes. Windscheid-Kipp S. 76 ff.; Dahn, Bausteine S. 249, 258 ff.

3) Zitelmann, Gewohnheitsrecht S. 453 ff.; Adickes S. 50 ff.

4) Herzfelder S. 149; Schwanert S. 21; Rümelin, Gewohnheitsrecht S. 167, 186, der allerdings die Grundlage für die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts im Gebiete der Ethik sucht.

5) Hertling S. 41.

Volksüberzeugung und eines Volkswillens zugeben wollte, so könnte aus ihnen doch immer nur der Rechtsinhalt entstehen. Die Ansicht, daß etwas Recht sei, oder sein solle, ist noch nicht selbst Recht. Es fehlt das wichtigste: der Rechtsbefehl. So sagt auch Herzfelder [6]): „Die Überzeugung vieler, daß eine Norm beobachtet werden muß, kann nur bewirken, daß sie beobachtet wird: eine Übung, Sitte; nicht aber, daß die Norm beobachtet werden m u ß. Also kein Recht!" Der Rechtsbefehl kann nicht durch die Überzeugung oder den Willen eines Volkes hervorgebracht werden, durch die Überzeugung nicht, weil er eine Willensbestätigung ist, durch den Volkswillen nicht, weil er von einer unorganisierten Menge nicht die ihm nötige Sanktion in der Anwendungsklausel erhalten kann.

Ein gleiches ist von der Übung zu sagen. Was die Mehrheit eines Volkes übt und tut, braucht die Minderheit an sich noch nicht zu befolgen. Die Übung der Mehrheit ist lediglich eine Tatsache, die zu beobachten ist. Und selbst wenn die Mehrheit, wie die zweite Gruppe vorschreibt, die Übung in der Überzeugung der sogen. Rechtsnotwendigkeit vornimmt, so ist das für die, vielleicht anders denkende und überzeugte Minderheit noch kein Grund, ein gleiches zu tun, oder wenigstens tun zu müssen [7]). Die Übung der Mehrheit erzeugt für die Minderheit keine Pflicht zur Nachahmung [8]). Zu ihr muß der Befehl der Befolgung hinzukommen. Es ist richtig, wenn Zitelmann [9]) sagt, daß wir aus einem Verhalten der Menschen zueinander,

---

6) S. 151. Sehr eingehend Zitelmann, Gewohnh.-R. S. 370 ff.; Bergbohm, Jurisprudenz S. 480 ff.; 549.

7) Stintzing S. 11 sagt: „Beim Gewohnheitsrecht wird der Inhalt zum Recht dadurch, daß der mächtige Teil (des Volkes) den unmächtigen überwindet." Aber wodurch? Durch Gewalt oder Überredung!

8) Kelsen S. 35. 9) Gewohnheitsrecht S. 455 ff.

das wir für ein dauerndes halten, schließen, daß eine gewisse Regel beobachtet wird und unter diesen Menschen gilt. Aber dieses dauernde Verhalten ist nur der Grund für unsere Ansicht von der Geltung der Regel, aber nicht der Grund der Geltung der Regel selbst. Es ist ein Zirkelschluß, wenn man aus dem dauernden Verhalten auf das Gelten schließt und das Gelten wieder auf das dauernde Verhalten stützt. Oder man muß das Gelten gleich dauerndes Verhalten setzen. Dieses ist aber nach bereits früher Gesagtem unrichtig. Der Fehler liegt immer wieder darin, daß man die Natur des Rechtssatzes als eines Befehles verkennt. Wenn allerdings die Rechtsnorm ein Urteil ist, so muß man sie notgedrungen auf ein Sein, wie die Übung, basieren.

In der letzten Ansicht, der sogen. Gestattungstheorie steckt ein richtiger Kern. Sie erkennt, daß Übung und Volksüberzeugung nicht hinreichend sind, einen Rechtssatz ins Leben zu rufen, daß das Recht vielmehr in einer Befehlsmacht seinen letzten Grund haben muß. Nur sucht sie diese an einem unrichtigen Platze, beim Gesetzgeber. Daß dieser bei Bildung des Gewohnheitsrechts seine Genehmigung und Anerkennung — wenn auch nur stillschweigend — erteile, ist eine bisher unbewiesene und auch unbeweisbare Behauptung. Es kommt zuletzt wieder auf eine Fiktion hinaus [10]). Das zeigt sich besonders deutlich dann, wenn sich Gewohnheitsrecht bildet gegen das ausdrückliche Verbot des staatlichen Gesetzgebers [11]). Läßt man die staatliche Genehmigung fallen, so schält sich der richtige Kern dieser Theorie heraus: Der Befehl im

---

10) Sehr eingehend Zitelmann, Gewohnh.-R. S. 361 ff.

11) Rümelin, Gewohnh.-R. 235 ff. will in solchen Fällen nur eine tatsächliche Übung, kein Gewohnheitsrecht gelten lassen!

Gewohnheitsrecht geht nicht von der Volksüberzeugung aus, nicht vom erlaubenden Gesetzgeber, sondern von den rechtanwendenden Faktoren im Staate, namentlich den Richtern [12]). Sie befehlen etwas zu tun, oder zu unterlassen, was man früher zu tun oder zu unterlassen nicht die Pflicht hatte, eben weil es noch kein Recht war. Sie haben auch eine Macht hinter sich, die ihren Befehlen Nachdruck verleiht. Den Inhalt ihrer Gebote schöpfen sie freilich nicht aus freier Willkür, sondern aus ihrem geläuterten Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein, das sie sich durch tiefes Erfassen bisherigen Rechts und seiner Einrichtungen nach Sinn und Absicht, durch vorurteilslose und eifrige Betrachtung des Lebens und Strebens des Volkes, durch gewissenhaftes Studium seines Denkens, Wollens und Empfindens aneignen [13]). Hier ist die Stelle, wo das Rechtsbewußtsein des Volkes, soweit man davon überhaupt reden kann, zu seiner Geltung kommt. Hier findet auch die Übung des Volkes ihren Platz, da der Richter bei Erlaß seiner Befehle bestehende Übungen berücksichtigen wird [14]). Der oft überwältigenden Macht althergebrachter Gebräuche, eingewurzelter Gewohnheiten und ererbter Anschauungen vermag sich auf die Dauer kein Mensch zu entziehen, vor allem der Richter nicht, dem doch nach seiner Ausbildung und seinem Berufe ein ausgeprägtes Billigkeitsgefühl eigen sein wird. Er wird dem Widerstrebenden befehlen, so zu handeln, wie die anderen vor ihm getan haben.

Aber der Richter ist doch an das Gesetz gebunden! Er darf doch nur urteilen nach dem Gesetz und nicht

---

12) Rümelin, a. a. O. S. 228; Adickes S. 11, 67; Kiss S. 447, 486; Stintzing S. 11 ff., 14; Kelsen S. 102.

13) Hierzu in begeisterten Worten Danz S. 478 ff., 500; Oertmann S. 17.

14) Über dieses materielle Übereinstimmen von Sein u. Sollen siehe auch Kelsen S. 34 ff.; 237 Anm.

selbst Recht setzen! Freilich! Aber wenn ein Gesetz veraltet ist, nicht mehr den Anschauungen und Bedürfnissen einer neuen Zeit entspricht, so vermag keine Theorie und kein Verbot dem Richter die Kraft zu verleihen, sich mit Erfolg dem mächtigen Strome des Lebens hemmend entgegenzustellen. Das Leben wird ihn überfluten und mitfortreißen auf seiner Bahn [15]). Ist der Richter doch selbst ein Kind seines Volkes und seiner Zeit und steht mitten im Getriebe der Welt. Zwar wird er sein juristisches Gewissen zu salvieren suchen, indem er sagt, „es habe sich ein abrogierendes Gewohnheitsrecht gebildet; statt seine eigene Überzeugung von der Notwendigkeit der Nichtanwendung offen auszusprechen, wird er sie, eingeengt in der hergebrachten dogmatischen Formel, häufig hinter der Bemerkung verbergen, daß ein anderer vor ihm das Gesetz wiederholt opinione necessitatis unbeachtet gelassen habe" [16]). Aber er selbst ist es, der den neuen Befehl erteilt, wenn er auch nicht den Mut besitzt, das zu erkennen, geschweige denn es auszusprechen, und bei dem den Menschen eigentümlichen Bedürfnis, sich auf Autoritäten zu berufen, anderswo Halt und Stütze sucht. Die Geschichte liefert zahlreiche Beispiele für eine ganz außerordentlich reiche, rechtschöpferische Tätigkeit des Richters. Es sei nur auf einige wenige hingewiesen: Durch die Interpretation der 12 Tafeln im alten Rom wurde in der Praxis, vermittelt durch die theoretische Tätigkeit der pontifices, ein Recht geschaffen, das zwar dem Namen nach noch Zwölftafelgesetz war, inhaltlich aber ein neues Recht darbot [17]). Was ist

---

15) Rümelin, Gewohnh.-R. S. 243—247; Kohler, Iher. Jahrb. Bd. 25 S. 289 ff.; Jung, Problem S. 118 ff.

16) Schloßmann, Vertrag S. 179; Rümelin, a.a.O.S.179/180, 247 ff.

17) Dazu Kohler, a. a. O. S. 277. Daselbst auch ein Bei-

das ius praetorium oder honorarium anders als ein durch die römische Rechtsprechung gebildetes neues Recht, das das alte Zivilrecht ergänzte und abänderte [18])! Vielleicht wird man hier auf die besondere Stellung des römischen Prätors vermöge seines imperiums hinweisen. Wie will man aber das eigenartige Faktum der Rezeption des römischen Rechtes in Deutschland vorurteilsfrei und ohne vorgefaßte Meinung erklären, wenn nicht durch die Rechtsprechung der römisch-rechtlich gebildeten deutschen Juristen in den Gerichten [19])! Von Volksübung oder Volksüberzeugung kann hier wahrhaftig keine Rede sein; das Gegenteil zu behaupten, würde eher zutreffend sein.

Was macht der Richter auch anders, wenn er das Gesetz selbst anwendet. Dieses ist nur in wenigen Fällen so gestaltet, daß es ohne weiteres auf den einzelnen Tatbestand zugeschnitten ist. In der Mehrzahl der Fälle muß der Richter erst aus den abstrakt gehaltenen Gesetzesvorschriften die Norm des einzelnen Falles herausstellen [20]). Er wirkt also in der Regel rechtschöpferisch. Der Gesetzgeber ist ja auch gar nicht in der Lage, all die einzelnen Fälle, die der unerschöpfliche Born des Lebens hervorbringt, im voraus

---

spiel aus dem französischen Recht zu dem Satze: La recherche de la paternité est interdite.

18) Puchta I S. 44.

19) Harum S. 26; Stintzing S. 18; ähnlich Beseler S. 76 ff., 88; 302; anderer Ans. Savigny, System I S. 78, der die Rezeption für einen Akt des allgemeinen Gewohnheitsrechtes hält. Puchta I S. 163 ff., 214. Nach ihm ist die Rezeption durch die Tätigkeit der Wissenschaft, die communis opinio doctorum zu erklären.

20) Kohler, a. a. O. S. 270; Kiß, a. a. O. S. 454, 457, Anm. 458: Die Gesetzesbefehle sind so allgemein gefaßt „daß sie nicht unmittelbar zur Subsumption der Rechtsfälle benutzt werden können". Ebenso Jung, Positives Recht S. 41, 50; Problem S. 5 ff., 11, 17 ff. And. Ans. Hatschek S. 27, 32, der den Gerichtsgebrauch nur für Konventionalregeln hält.

zu erkennen und zu regeln, selbst wenn er wollte. Aber er stellt oft mit Bewußtsein Begriffe auf, deren Tragweite er selbst nicht zu bestimmen imstande ist, und weist die Praxis an, dem dunklen und schwankenden Begriffe festen Inhalt und scharfen Umriß zu geben. Hier ist die rechtschaffende Tätigkeit der Rechtsprechung augenfällig. Man denke weiter an die Fortbildung des Rechts durch Analogieschlüsse. Es liegt ein Tatbestand vor, der im Gesetze selbst keine Regelung gefunden hat, sei es, daß man ihn übersehen hat, sei es, daß man ihn bei Erlaß des Gesetzes noch nicht voraussehen konnte. Er ist aber einem gesetzlich geordneten Tatbestande ähnlich. Hier den Kläger mangels Rechtsgrundes abzuweisen, widerspricht dem gesunden Rechtsempfinden [21]). Man bildet daher nach Sinn und Absicht des Gesetzes unter Zugrundelegung des Rechtsgefühls eine neue Norm für diesen Tatbestand, oder vielmehr man erweitert die gesetzliche Norm, sodaß sie auch diesen Fall mitumfaßt [22]). In dem vielfach gebrauchten irrealen Bedingungssatze: Wenn der Gesetzgeber das vorausgesehen hätte, so würde er es so und so geregelt haben, ist klar ausgedrückt, daß er in Wirklichkeit für diesen Fall eine Regel nicht gegeben hat. Hier noch von einem Willen des Gesetzgebers zu reden, ist wieder eine Fiktion. Der Gesetzgeber kann ja gar nicht gewollt haben, was er nicht gekannt hat. So sagt auch Adickes [23]): „Das Ge-

---

21) A. A. Bierling, Krit. I S. 100 ff.

22) Regelsberger, Iherings Jahrb. Bd. 58 S. 150 sagt: „Mit der Verwertung der Analogie im Recht wird ein neuer Rechtssatz aufgestellt." Und er erklärt die gegenteilige Ansicht für Täuschung. Ebenso Stintzing S. 28; Stier-Somlo S. 29/30; siehe auch Beseler S. 87 ff., der aber in der Deduktion aus vorhandenen Prinzipien kein neues Recht sieht. And. Ans. Zitelmann, Lücken S. 25, doch S. 35. Bergbohm, Jurispr. S. 382 ff.

23) S. 9, 69, auch Seligmann S. 159.

setz und alles bestehende Recht bindet nicht weiter als sein erkennbar gewordener Wille reicht." Wenn der Richter schon bei Anwendung des Gesetzes rechtschöpferisch tätig sein muß, so ist seine rechtsetzende Tätigkeit beim sogen. Gewohnheitsrecht weiter nicht mehr verwunderlich. Die Wissenschaft kann ihm dabei wesentliche Dienste leisten. Ja sie wird es in der Regel sein, die ihm den dunklen Pfad weist und ebnet. Aber den Rechtsbefehl zu erteilen, dazu ist sie außerstande, weil ihr hierfür die autoritative Macht fehlt [24]).

Noch ein Einwand ist zu gewärtigen: Der Rechtsbefehl des Richters gilt doch nur für den einzelnen Fall, sententia ius facit inter partes; auch erfolgt er erst in dem Anwendungsverfahren. Wo bleibt da die dem Rechtssatz notwendige vorherige Androhung der Übelzufügung? Hierzu ist zu bemerken, daß allerdings die einmalige Anwendung einer Norm durch den Richter im allgemeinen noch kein objektives Recht zu erzeugen vermag. Erst wenn die Anwendung öfter, in ständiger Rechtsprechung namentlich der höheren Gerichte erfolgt [25]), ist eine Drohung der Übelzufügung für die Zukunft vorhanden und damit der Rechtssatz geboren. Das Gewohnheitsrecht macht demnach wie alles vom Richter erzeugte Recht ein Übergangsstadium durch, in dem es noch nicht im eigentlichen Sinne ob-

---

24) Kiß S. 473; Zitelmann, Gewohnh.-R. S. 359 Anm. 40; Kohler, a. a. O. S. 291; Kelsen S. 94; sehr schön Stintzing S. 21; Rümelin, Gewohnh.-R. S. 227: „Ich würde nur vorziehen, von einer Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung statt von einer solchen durch die Wissenschaft zu reden." „Zu einer derartigen Willensentscheidung gehört aber ein gewisses imperium und deshalb scheint mir dieselbe besser in den Mund des Richters zu passen, während der Wissenschaft nur beratende Stimme eingeräumt wird." Jung, Problem S. 284. A. A. Puchta I S. 78, II S. 16 ff.

25) Kohler, a. a. O. S. 291; Adickes S. 55 ff.

jektives Recht ist, aber die Tendenz hat, es zu werden [26]).

Ein Recht, das lediglich durch Gewohnheit entsteht, ein eigentliches Gewohnheitsrecht gibt es demnach nicht. Vielmehr verbirgt sich unter diesem Namen nur bescheiden das Richterrecht. Nicht ist, wie Dahn [27]) behauptet, das Juristenrecht ein Stück Gewohnheitsrecht, sondern umgekehrt. Es gibt nur die beiden Arten des Rechts: Gesetzesrecht und Richterrecht [28]), und damit nur zwei Quellen des Rechts : Gesetz und Richterspruch oder besser dauernde Rechtsprechung [29]). Bei der letzteren ist aber nie aus den Augen zu verlieren, daß die Richter ihre ganze Macht vom Gesetzgeber herleiten, sodaß man ihre Befehle als abgeleitete Befehle des Gesetzgebers bezeichnen und behaupten kann, alles staatliche Recht beruhe auf einem direkten oder indirekten Befehle des staatlichen Gesetzgebers. Wir sind hiermit aber nicht auf die oben verworfene Gestattungstheorie zurückgekommen. Denn wir sagen nicht, daß das Richterrecht immer Wille des Staates s e i , sondern nur, daß es als Wille des Staates g e l t e.

---

26) An dieses Übergangsstadium denkt augenscheinlich Hatschek S. 35, wenn er den Gerichtsgebrauch für Konventionalregel erklärt. Er sagt: Konventionalregel und Rechtsnorm unterscheiden sich dadurch, „daß die Rechtsnorm dazu dient, Weisungen für die Gegenwart u. Zukunft zu geben, Anweisungen also für ein erst darauf folgendes Handeln, die Konventionalregel aber den Zweck hat, praktisch zweckmäßiges Handeln, das sich aus der Befolgung von Präzedenzfällen empfiehlt, nachträglich a posteriori zu rechtfertigen". Hierzu auch Kelsen S. 103, 104, 106.

27) Bausteine S. 179. 28) Kiß S. 486.

29) Der Ausdruck ist eigentlich ungenau. Es gibt nämlich noch andere rechtanwendende Faktoren im Staate als den Richter; es müßte daher heißen „dauernde Rechtsanwendung". Da aber der Richter zweifellos die Hauptperson ist, so ist die kleine Ungenauigkeit hinzunehmen.

Wir haben es mit einer juristischen Konstruktion zu tun, die den Zweck hat, eine vereinfachte Anschauung herbeizuführen.

c) § 12. Im Kirchen- und Völkerrecht.

Betrachten wir jetzt kurz das Kirchenrecht. Daß das kirchliche Gesetz [1]) von einem Befehlenden ausgeht, bedarf keiner weiteren Worte. Es fragt sich nur, ob es auch mit der Androhung eines äußeren Übels verbunden ist. Diese Frage ist zu bejahen, wenn auch im modernen Staate die Zahl der von der Kirche anzudrohenden Übel sehr gering und ihr Gewicht — wenigstens für die Laien — sehr leicht geworden ist: Verweigerung des kirchlichen Begräbnisses, der Teilnahme an religiösen Übungen. Für den Klerus kommen noch die Disziplinarstrafen, insbesondere der Ver- und Absetzung hinzu. Die Kirche hat auch die Macht, ihre Androhungen durch Anwendung wahr zu halten [2]), allerdings nur solange als der Staat ihr das gestattet, wenn sie auch ihre Macht nicht von ihm ableitet. Verbietet der Staat die Anwendung von Kirchenrecht und verhindert er sie, so hört das Kirchenrecht — für das katholische Kirchenrecht nur in dem betreffenden Staate — auf, Recht zu sein und kann nur noch durch Anerkennung als Konventionalregel weiter leben. Damit ist aber nicht gesagt, daß hierdurch die Norm an

---

1) Für das kirchliche Gewohnheitsrecht gilt dasselbe wie für das staatliche. Wenn das katholische Kirchenrecht die praescriptio temporis vorschreibt, so ist das nur eine Anweisung an den Rechtsanwender, einen jüngeren Brauch nicht durch Anwendung zum Recht zu erheben. Vergl. E. Meier S. 217 ff., 297; Puchta II S. 267 ff. leugnet ein kirchliches Gewohnheitsrecht, aber nur wegen des Fehlens der nationalen Grundlage.

2) A. A. Herzfelder S. 119; nach Ihering, Zweck I S. 320 hat das Kirchenrecht nur die Funktion von Rechtssätzen. Es wirkt also wie Rechtssätze. Weshalb ist es dann kein Recht?

lebendiger Macht verloren habe, vielmehr hat sich schon oft gezeigt, daß in Zeiten des Konfliktes zwischen Staats- und Kirchenrecht letztere Normen eine nie geahnte Widerstandskraft und einen ungewöhnlichen Grad von machtvoller Energie entfalten, sodaß das staatliche Recht [3]) nicht imstande ist, die kirchliche Konventionalregel zu unterdrücken, und der Staat, dem der innere Kampf selbst am meisten schadet, schließlich zum Nachgeben gezwungen ist.

Zum Schlusse verbleibt uns noch die Untersuchung der Natur des Völkerrechts. Können wir hier von einem Befehlenden sprechen? Das Völkerrecht regelt die Beziehungen der Staaten zueinander. Der Befehlende müßte demnach über den Staaten stehen. Nun erkennen diese aber grundsätzlich keinen höheren Machthaber auf Erden an. Sie halten sich für souverän [4]). Und es existiert auch in der Tat keine irdische Macht über ihnen. Weder hat irgend ein einzelner Staat bisher sich zu einer solchen Stellung emporschwingen können, noch auch ist die Völkerrechtsgemeinschaft selbst zu einer solchen Gewalt gelangt, wenn auch Ansätze dazu sich gelegentlich gezeigt haben. Da es an einem Befehlenden mangelt, so ist ebenfalls keine Übelandrohung für den Fall der Übertretung vorzufinden. Es gäbe auch keine Stelle, die die Norm anzuwenden vermöchte [5]). Bei einer Verletzung des Völkerrechts gibt es keinen Rechtsbehelf — das ist auch, so viel ersichtlich, noch nie behauptet worden —, sondern nur eine Gewaltmaßregel,

---

3) Die Frage, ob staatliches Recht, wenn es dem jus divinum des katholischen Kirchenrechts widerstreitet, überhaupt noch Recht sei, oder ein Unrecht des Staates, kann hier unerörtert bleiben. Man vergleiche hierüber die interessanten Ausführungen Böckenhoffs.

4) Statt aller Jellinek, Staatenverbindung S. 34.

5) Ihering, Zweck I S. 325 ff.

den Krieg. Das Völkerrecht kann demnach keine heteronomen, sondern nur autonome Normen enthalten. Es ist ja von der Anerkennung der einzelnen Staaten völlig abhängig und gilt nur für die, die es anerkennen, oder mit dem technischen Ausdruck, die die Ratifizierung vornehmen. Klarer kann die autonome Natur des Völkerrechts gar nicht ausgesprochen werden. Damit ist aber die Frage seines Rechtscharakters entschieden. Das Völkerrecht ist kein Recht, sondern lediglich Konvention [6]). Es beruht auf der Anerkennung und fällt mit ihr. Ein völkerrechtliches Delikt gibt es demnach nicht, da ja autonome Normen bewußt nicht übertreten werden können. Hiermit wird aber der tatsächlichen Macht des Völkerrechts kein Abbruch getan, wie bereits ein Gleiches beim Kirchenrecht ausgeführt ist. Denn es gibt „noch andere und weit wirksamere Motive als die der Rechtssätze" [7]).

3. § 13. Die Unmöglichkeit eines Naturrechts.

Mit der Erkenntnis der heteronomen Art des Rechts ist die Möglichkeit von Naturrecht widerlegt [1]).

---

6) Daher auch die Häufigkeit dieses Wortes im Völkerrecht. — Gleicher Ansicht Brodmann S. 390; Meier S. 24, die richtige Folgerung auch bei Löning S. 20, Stintzing S. 30: „Denn allen Grundsätzen, nach denen sich ihre (der Staaten) Beziehungen regeln, fehlt das für jeden positiven Rechtssatz unentbehrliche Moment der gegen den Widerstrebenden durch ein anerkanntes Organ vollstreckbaren Erzwingbarkeit." Ebenso Puchta I S. 124, doch nur wegen des Fehlens einer nationalen Volksüberzeugung. A. A. Herzfelder S. 154, weil für das Völkerrecht „ganz andere und stärkere Garantien bestehen, wie für Gebote der Moral". Zunächst ist aber der Gegensatz zum Recht nicht die Moral, sodann ist die Stärke der Motive für die Art der Norm gleichgültig. Jung, Problem, S. 91 ff., der Völkerrecht für Recht, aber ein minder ausgebildetes hält.

7) Kelsen S. 220 ff.

1) Stammler S. 172 ff., 180: „Es gibt keinen einzigen Rechtssatz, der seinem positiven Inhalte nach a priori feststände."

Denn die heteronome Norm verlangt einen außenstehenden, machtvollen Befehlshaber. Die Natur der Sache, die Vernunft, kann aber höchstens den Inhalt von Normen darbieten. Diesen kann man durch Anerkennung zur autonomen Norm machen. Damit er aber heteronome Normen ausfülle, muß ihn ein Befehlender aufgreifen und mit seiner Autorität umkleiden. Darum sagt Bergbohm [2]) mit Recht: „Alles Recht ist positiv, alles Recht ist „gesetzt" und nur positives Recht ist Recht", und ferner [3]): das positive Recht ist „mehr als ein bloß in dem Bewußtsein einzelner Menschen lebender Gedanke, vielmehr eine objektiv bindende Energie", und [4]): „der Gedanke muß erst noch einen besonderen Weg gehen, auf dem er das empfängt, was ihn zum Recht macht".

Damit ist aber die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß es Gedanken gebe, die zwar noch kein Recht sind, die aber, weil der Natur des Menschen entsprechend, das Verlangen, ja die Notwendigkeit in sich tragen, Recht zu werden, vom Rechtssetzer aufgenommen zu werden. Und solche Gedanken gibt es in der Tat. Hierin liegt der richtige Kern der Naturrechtslehre. Aus der Natur des Menschen, dem Begriff und Wesen der menschlichen Gemeinschaft, ergeben sich gewisse Forderungen, die der Rechtssetzer erfüllen muß, will er logisch, vernünftig und zweckentsprechend handeln. So sagt auch Ernst Meier [5]): „Alles Recht muß sich zunächst seinem Inhalte nach in Übereinstimmung befinden mit dem Wesen der menschlichen Natur." „In der Tat ergibt sich aus der Beobachtung derselben eine Anzahl von Grundsätzen,

---

Hertling S. 84. Nach Stintzing S. 31 ist alles Recht ein Kind der Geschichte; Neukamp S. 74.

2) Jurisprudenz S. 52 Anm. 3) a. a. O. S. 404.

4) a. a. O. S. 544, 545, siehe auch Anm. S. 545, 546, 549.

5) S. 25, siehe auch S. 197.

deren Inbegriff meist Naturrecht genannt wird, und die, ohne selbst positives Recht zu sein, doch Forderungen an die Bildung desselben enthalten" [6]). So folgt aus dem Wesen der Gemeinschaft, daß der Gesetzgeber das gegenseitige Morden der Gemeinschaftsglieder verbieten muß. Denn bei gegenseitiger Bekämpfung und Vernichtung ist eine Gemeinschaft unmöglich. Diese Gedanken werden sich daher bei allen Völkern und zu allen Zeiten wiederfinden. Sie sind kein Recht, sondern nur gewissermaßen Rahmen zur Ausfüllung für den Gesetzgeber. Greift dieser sie nicht auf, so werden sie kein Recht. Eine andere Frage ist es, ob Normen, die ihnen widersprechen, noch Rechtsnormen oder nur Machtbefehle sind, m. a. W. ob diese Gedanken nicht zugleich den Maßstab für das Recht abgeben. Diese Frage ist zu bejahen [7]). Denn alles Recht dient der Gemeinschaft, ihrer Ermöglichung und Aufrechterhaltung. Die Gemeinschaft ist wieder der Menschen wegen da. Verstoßen daher Normen gegen das Wesen einer Gemeinschaft, gegen die menschliche Natur, so verfehlen sie ihren Zweck. Sie sind zum unrichtigen Mittel geworden, zum Unrecht. Es ist nicht zu leugnen, daß wir damit wieder auf den Zweck und den Inhalt des Rechts gekommen sind, die nach bereits Gesagtem für das Wesen der Rechtsnormen gleichgültig sind. Aber sie werden doch nur n e g a t i v berücksichtigt. Sie bestimmen nicht das Wesen des Rechts, sondern grenzen nur seinen Umfang ein. Es wird nichts an der Tatsache geändert,

---

6) Stintzing S. 31, 32; Hertling S. 52: Die Naturrechtsnormen „können nur ganz allgemeiner Art sein, weil sie sich nur auf das allgemein und gleichmäßig Wiederkehrende im Menschenleben beziehen". Siehe auch S. 55/56, S. 61. Das ist auch die Vernunft im Recht, die Dahn, Vernunft S. 48, 84 betont; vergl. auch Neukamp S. 104.

7) A. A. E. Meier S. 27; Bergbohm, Jurisprudenz S. 80.

daß Rechtsnormen Machtbefehle sind, es wird nur behauptet, daß nicht alle Machtbefehle auch Rechtsbefehle sind [8]).

C.

§ 14. Das Zwangsmoment im Recht.

Stellen wir noch einmal kurz die Hauptsätze bezüglich der Rechtsnormen zusammen: Die Rechtsnormen sind Befehle, die mit einer Anwendungsklausel, einer machtvollen Übelandrohung verbunden sind. Sie bedürfen weder einer regelmäßigen Befolgung, noch einer regelmäßigen Anwendung. Mit diesen Sätzen können wir endlich Stellung nehmen zu der Frage: Ist der Zwang dem Recht wesentlich? Ein Zwang in dem Sinne, daß die Übertretung unmöglich gemacht ist, scheidet von vornherein aus, da das Gegenteil tagtäglich uns vor Augen tritt. Es kann sich nur um einen zweifachen Zwang handeln: 1. den psychologischen Zwang durch Einwirken des Übelmotivs auf die Normpflichtigen bei der Befolgung, 2. den physischen Zwang durch die Ausführung der Übelandrohung an den Normunterstellten nach der Übertretung [1]). Beides ist aber dem Recht nicht wesentlich, da weder eine regelmäßige Befolgung [2]) noch eine regelmäßige Anwendung an sich notwendig ist. Die Rechtsnormen müssen nur die Möglichkeit haben, durch die Übelandrohung psychologisch zu wirken. Dazu ist

---

8) Stier-Somlo S. 20. Auf die sehr bestrittene Frage, ob Normen, die Geboten der Moral oder Religion widerstreiten, noch Rechtsnormen sind, einzugehen, würde zu weit führen. Bejahend Kelsen S. 56, 431, verneinend Hertling S. 39, 52; Böckenhoff a. a. O.

1) Siehe darüber Binding, Normen S. 484 ff.

2) A. A. Thon, Rechtsbegriff S. 246 ff.; Ferneck S. 79 ff., 94.

allerdings eine gewisse Anwendung erforderlich; denn wenn eine solche nie erfolgt, wenn sie ausgeschlossen ist, so ist mit dem Wegfall der Übelandrohung die Einwirkungsmöglichkeit ebenfalls dahin [3]). Jede Anwendung aber setzt wieder physische Machtmittel voraus. Doch die Frage, wie die Einwirkungsmöglichkeit geschaffen oder aufrecht erhalten wird, kommt erst in zweiter Linie in Betracht. Für das Wesen der Rechtsnorm genügt die Möglichkeit des psychologischen Zwanges. Das Recht ist demnach eine psychologische Macht. Das Machtmoment, nicht aber das Zwangsmoment gehört zu dem Begriffe des Rechts [4]). In dieser Bedeutung ist Stintzing beizustimmen, der sagt [5]): „Wo beide (Macht und Recht) auf dem verschlungenen Wege ihrer Entwickelung sich begegnen und verbinden, da entsteht und ist da das geltende Recht; wo sie sich voneinander scheiden, da verliert die Norm ihre zwingende Kraft und hört auf, Recht zu sein, wenn sie auch in der Erinnerung noch fortlebt." Stintzing denkt allerdings wohl hauptsächlich an die physische Macht.

Der Hauptvertreter der Lehre, daß der physische Zwang ein Wesensmerkmal des Rechtes sei, ist Ihering. Er sagt [6]): „Der vom Staate in Vollzug gesetzte Zwang bildet das absolute Kriterium des Rechts, ein Rechtssatz ohne Rechtszwang ist ein Widerspruch in sich

---

3) Wenn Binding, Normen S. 490 sagt: „Nicht sowohl die Drohung schreckt, nur die Angst vor der Ausführung", so ist das selbstverständlich.

4) Das Zwangsmoment verwerfen ebenfalls Merkel S. 131, Herzfelder S. 146, doch S. 15, 41. Stammler, Wirtschaft S. 127; Seligmann S. 49/50; Bierling, Prinz. L. I S. 49 ff.; Kritik III S. 4; Thon, Rechtsnormen S. 7; wohl auch Bekker I S. 47, 48.

5) S. 32, 9, 27; dazu auch Dahn, Vernunft S. 35, 39, 48.

6) Zweck I S. 322. Geist III S. 328; siehe auch Jung, Problem S. 147, 273.

selbst, ein Feuer, das nicht brennt, ein Licht, das nicht leuchtet." Und weiter [7]: „Für das Feuer ist das Brennen nicht wesentlicher als für das Recht die Erzwingung seiner Befolgung durch den Richter." Dies ist richtig, wenn man die Übertretung des Rechts ins Auge faßt. Das Recht wird aber der Befolgung wegen gegeben und nicht der Anwendung wegen. Das Recht will durch die Übelandrohung von der Übertretung abschrecken, nicht die Androhung in erster Linie ausführen. Man muß daher seinen Standpunkt der Betrachtung von der Androhung ausnehmen und nicht mit Ihering von deren Ausführung aus. Ihering wandelt im Schatten des Rechts und sieht das Licht nicht. Er weiß, das irgendwo ein Feuer brennt, aber er sieht dieses selbst nicht, sondern nur die Holzscheite, die dazu dienen, das Feuer in voller Glut zu erhalten.

Wir schließen mit dem Satze: Weder der physische noch der psychologische Zwang gehört zum Begriffe des Rechts, sondern nur der psychologische Zwang in der Potenz, die psychologische Macht.

---

7) Zweck I S. 322 Anm.

Literaturverzeichnis.

Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen. 1872.

Anschütz Gerhard, Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetze. Diss. Halle. 1890.

Behrend, Die Stiftungen I. Bd. 1904.

Bekker, System des heutigen Privatrechts. I. Bd. Weimar. 1886.

Bergbohm, Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts. 1887.

Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. I. Bd. 1892.

Bernatzik, Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere, Arch. f. öffentl. Recht. Bd. 5 S. 193 ff.

Beseler, Volksrecht u. Juristenrecht. Leipzig. 1843.

Bierling, Juristische Prinzipienlehre. Bd. I, II, III. Freiburg i. Br. 1894, 1898.

Bierling, Kritik der juristischen Grundbegriffe. Gotha. Bd. I 1877; Bd. II 1883.

Binding, Die Normen und ihre Übertretung. Bd. 1, 2. Aufl. 1890; Bd. II 1877.

Binding, Handbuch des Strafrechts. Bd. I 1885.

Böckenhoff, Katholische Kirche und moderner Staat. Köln. 1911.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Bd. I, 3. Aufl. 1884; Bd. III, 2. Aufl. 1888.

Brodmann, Vom Wesen und Begriff des Rechts. Iherings Jahrb. Bd. 55, S. 277 ff.

Burckhard, Zur Lehre von den juristischen Personen, Grünhuts Zeitschr. für Privat- und öffentliches Recht. Bd. 18, S. 1 ff.

Dahn Felix, Vernunft im Recht. Berlin 1879.

Dahn Felix, Bausteine. 4. Bd. Berlin. 1883.

Danz, Laienverstand u. Rechtssprechung. Iherings Jahrb. Bd. 38, S. 373 ff.

Eich, Gewohnheitsrecht u. Gewohnheitsrechtstheorie. Erlangen, Diss. 1896.
Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit. Bd. I. 1903.
Gierke, Deutsches Privatrecht. I. Bd. 1895; II. Bd. 1905.
Gierke, Die Genossenschaftstheorie u. die deutsche Rechtsprechung. Berlin. 1887.
Grueber, Einführung in die Rechtswissenschaft, Birkmeyer's Enzyklop. der Rechtswissenschaft. 2. Aufl. 1904.
Hänel, Die vertragsmäßigen Elemente der deutschen Reichsverfassung. Leipzig. 1873.
Hänel, Studien zum deutschen Staatsrecht. II. Teil. 1880.
Harun, Von der Entstehung des Rechts. Innsbruck. 1868.
Hatschek, Konventionalregeln oder über die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung im öffentlichen Recht. Jahrb. des öffentl. Rechts. Bd. III. 1909.
Freiherr v. Hertling, Recht, Staat u. Gesellschaft. Kempten u. München. 1907.
Herzfelder, Gewalt und Recht, eine Untersuchung über den Begriff des Gewaltverhältnisses. München. 1890.
Jacobi, Recht, Sitte u. Sittlichkeit. Iherings Jahrb. Bd. 41 S. 68 ff.
Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte. 1892.
Jellinek, Gesetz u. Verordnung. Freiburg. 1887.
Jellinek, Lehre von den Staatenverbindungen. Wien. 1882.
Ihering, Geist des römischen Rechts. III. Bd., 4. Aufl. 1888.
Ihering, Der Kampf ums Recht. 15. Aufl. 1903.
Ihering, Zweck im Recht. Bd. I u. II. 3. Aufl. Leipzig 1899.
Jung, Erich, Positives Recht. Ein Beitrag zur Theorie von Rechtsquelle und Auslegung. Gießen. 1907.
Jung, Erich, Problem des natürlichen Rechts. Leipzig. 1912.
Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Tübingen. 1911.
Kiß-Geza, Gesetzesauslegung und ungeschriebenes Recht. Ih. Jahrb., Bd. 58 S. 413 ff.
Kohler, Die schöpferische Kraft der Jurisprudenz. Iherings Jahrb., Bd. 25 S. 266 ff.
Kohler, Iherings Jahrb., Bd. 18 S. 144 ff.
Kuntze, Der Gesamtakt, ein neuer Rechtsbegriff. Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Otto Müller. 1892.
Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches, I. Bd., 5. Aufl. 1909.
Löning, Über Wurzel u. Wesen des Rechts. Rede Jena. 1907.
Lüders, Das Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete der Verwaltung. Kiel 1863.

Meier Ernst, Rechtsbildung in Staat u. Kirche. Berlin. 1861.
Merkel A., Vergeltungsidee u. Zweckgedanke. Festgabe für Ihering. Straßburg. 1892.
Merkel, Iherings Jahrb., Bd. 32.
Meurer, Die juristischen Personen nach deutschem Reichsrecht. Stuttgart. 1901.
Neubecker, Zwang und Notstand in rechtsvergleichender Darstellung, I. Bd. Grundlagen, Der Zwang im öffentlichen Recht. Leipzig. 1910.
Neukamp, Entwickelungsgeschichte des Rechts, I. Bd. Einleitung. Berlin. 1895.
Oertmann, Gesetzeszwang u. Richterfreiheit. Erlangen. 1908.
Preuß, Zur Methode juristischer Begriffskonstruktion, Schmollers Jahrb., Bd. 24 S. 359 ff.
Puchta, Das Gewohnheitsrecht. Bd. I u. II. Erlangen. 1828.
Pundeff, Untersuchungen über den Begriff des objektiven Rechts. Greifswalder Diss. 1909.
Regelsberger, Gesetz u. Rechtsanwendung. Ih. Jahrb. Bd. 58 S. 146 ff.
Rümelin G., Das Gewohnheitsrecht. Iherings Jahrb. Bd. 27 S. 152 ff.
Rümelin G., Zweckvermögen u. Genossenschaft. Freiburg. 1892.
Schloßmann, Der Vertrag. Leipzig. 1876.
Schloßmann, Zeitschr. f. Priv.- u. öffentl. Recht der Gegenwart, Bd. 7 S. 550 ff.
Schmidt Bruno, Gewohnheitsrecht als Form des Gemeinwillens. Leipzig 1899.
Schuppe, Der Begriff des Rechts. Zeitschr. f. das Priv.- u. öffentl. Recht der Gegenwart, Bd. 10 S. 349 ff.
Schwanert, Gesetz u. Gewohnheit. Rostock. 1873.
Seligmann, Beiträge zur Lehre vom Staatsgesetz u. Staatsvertrag, 1. Der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinne. Berlin u. Leipzig. 1886.
Seydel, Bayrisches Staatsrecht. III. Bd. München. 1886.
Simmel, Einleitung in die Moralwissenschaft. Berlin. 1892.
Sigwart, Logik, Bd. I, 2. Aufl. Freiburg. 1889.
Stahl, Die Philosophie des Rechts. I. Bd. 1830; II. Bd. Heidelberg. 1833.
Stammler, Wirtschaft u. Recht. 2. Aufl. Leipzig. 1906.
Stammler, Über die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie. Festgabe für Windscheid. Halle. 1889.
Stier-Somlo, Politik. Leipzig. 1907.

Stintzing, Macht u. Recht. Bonn. 1876.
Sturm, Revision der gemeinrechtlichen Lehre vom Gewohnheitsrecht. Leipzig. 1900.
Thon August, Der Rechtsbegriff, Zeitschr. f. d. Priv.- u. öffentl. R. d. Gegenwart, Bd. 7.
Thon, Rechtsnorm u. subjektives Recht. Weimar 1878.
Wachmann, Der Begriff des Gewohnheitsrechts. Breslauer Diss. 1902.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. Frankfurt. 1906.
Zitelmann, Begriff u. Wesen der sog. juristischen Personen. Leipzig. 1873.
Zitelmann, Lücken im Recht. Leipzig. 1903.
Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. 1879.
Zitelmann, Gewohnheitsrecht u. Irrtum. Archiv f. ziv. Prax. Bd. 66 S. 323 ff.